Introducción al Derecho Norteamericano

Introducción al Derecho Norteamericano

GOA UNIVERSITY LIBRARY
T. L. AO GOA
Donation ACC No. 209
Name o. Donor S. V
Amonkar

Lawrence M. Friedman

UNIVERSIDAD DE STANFORD

Traducción de **Joan Vergé i Grau**
Doctor en Derecho por la Universidad de Barcelona
Profesor de Derecho Procesal

GOA UNIVERSITY LIBRARY
This Book is donated by ...
Amonkar

Indice

Agradecimiento *ix*

Prefacio *xi*

1. ¿Qué es un sistema jurídico? *1*
2. El Derecho formal y el Derecho no formal *23*
3. Los orígenes del Derecho Norteamericano *42*
4. La estructura del Derecho Norteamericano: Los Tribunales *67*
5. La estructura del Derecho Norteamericano: Leyes y legisladores *103*
6. La estructura del Derecho Norteamerciano: La actividad del ejecutivo *126*
7. El federalismo y la cultura jurídica norteamericana *145*
8. En el interior de la caja negra: La substancia del Derecho *163*
9. Crímenes y castigos *182*
10. Derecho Constitucional y Libertades Cívicas *211*
11. El comportamiento en materias jurídicas *236*
12. La cultura jurídica: Legitimidad y moralidad *259*

13. La abogacía en los Estados Unidos 274

14. El Derecho y el cambio social 302

15. Epílogo:
El futuro del Derecho en los Estados Unidos 333

DOCUMENTOS 346

NOTAS 390

Agradecimiento

Me gustaría dar las gracias al cuadro Directivo de la Biblioteca Jurídica de Stanford y, especialmente, a Myron Jacobstein y a Iris Wildman, por su ayuda en múltiples cuestiones. También quiero dar las gracias a mi secretaria, Joy St. John, que tan pacientemente ha trabajado en la redacción de este libro durante el período en que lo estuve escribiendo. Especialmente, gracias, también, a Leah por su público y decidido apoyo moral.

Prefacio

Este libro es una introducción general al Derecho —y al sistema jurídico— de los Estados Unidos. En cierto sentido, el hecho de escribir otro libro más sobre Derecho Norteamericano es como llover sobre mojado. Ciertamente no son escasos los libros sobre nuestro sistema jurídico. La Biblioteca de la Facultad de Derecho de Harvard, que es precisamente una de las mayores del país (exceptuada la Biblioteca del Congreso), contiene alrededor de un millón doscientos cincuenta mil volúmenes. De ellos, quizás trescientos mil son libros de Derecho Norteamericano. Cada año, Harvard aumenta su colección con miles de libros más. El escribir libros de Derecho parece no tener fin. ¿Necesitamos, realmente, uno más?

Quizás sí. Casi todos esos miles y miles de libros están pensados para la mente especializada de los juristas. Muy pocos se escriben para los profanos. Es cierto que en los últimos años han aparecido montones de libros de «Cómo obtener...»: cómo obtener el divorcio; cómo evitar testamentarías, como oponerse al arrendador. También existen libritos populares para plantear reclamaciones; «cómo obtener mucho en pequeños pleitos» y otros parecidos. Los libros de esta clase no son novedad. En el siglo diecinueve también había libros del estilo de «Cómo obtener...», con títulos tales como «El abogado en casa». Algunos llegaron a ser muy populares. Uno de estos libros, publicado en 1867, tenía la pretensión de ser útil a todo el mundo: al comerciante mayorista de la ciudad, al detallista, al tendero rural, a los Procuradores, Jueces de Paz, granjeros, mecánicos —incluso a los soldados y marineros licenciados de la Guerra Civil— porque en él hallarían «to-

das las instrucciones y formularios adecuados «para obtener pagas o pensiones en un lenguaje «tan llano que hace que toda la materia tratada aprezca perfectamente clara y simple» [1].

Aparte de esta amplia bibliografía para juristas y profanos, sólo un puñado de libros pretenden explicar nuestro sistema a los ciudadanos en general, que no buscan una finalidad inmediata o de orden práctico. La mayoría de esos escasos libros tratan materias especializadas (el Derecho Constitucional es uno de los temas que aparecen más a menudo; otro es el Derecho Mercantil). Queda sitio, pues, para otro libro, escrito específicamente para el lector común, para dar una visión de *conjunto* del sistema jurídico norteamericano del pasado y del que está en vigor hoy en día.

Al querer definir el sistema jurídico, se nos presentan algunas cuestiones difíciles. ¿De qué se compone exactamente el sistema jurídico? ¿Cuál es su origen histórico? ¿Cuáles son sus partes? ¿Dónde empieza y dónde termina? Las respuestas no son sencillas, especialmente si pensamos en los cientos de sistemas jurídicos que hay en el mundo y en los sistemas que existieron en el pasado. ¿Pueden darse respuestas suficientemente amplias que comprendan el Derecho de las pequeñas tribus nómadas y el de las sociedades industriales gigantes; sociedades que van desde las de los antiguos hititas y chinos y que, pasando por las del Medioevo, llegan hasta el mundo de hoy? Ello sería, ciertamente, una tarea ingente. Algunos estudiosos han intentado resolver este problema. Han intentado definir y describir el Derecho de forma que englobe a todas las sociedades y a todos los períodos. No existe, sin embargo, un consenso general sobre la validez de sus resultados.

El objetivo de esta obra es más modesto. Es una introducción al Derecho Norteamericano y por ello su enfoque se circunscribe a los Estados Unidos, dejando de lado a otras sociedades distintas. Después de todo, «Derecho», «sistema jurídico» y «proceso jurídico» son construcciones intelectuales todas ellas. No son cosas que existan en el mundo real. El Derecho no puede tocarse, olerse, probarse o medirse. Por tanto, cualquier definición tiene que ser, más o menos, convencional o artificial. Ello no significa que esas definiciones sean equivocadas; significa simplemente que una definición es buena si es útil y si nos muestra claramente a nosotros mismos y a los demás, aquello que pretende describir.

Nuestra primera tarea será, por tanto, la de trazar una especie de esquema del sistema jurídico Norteamericano para poder clasificar la materia de este libro. A «grosso modo», los criterios de inclusión y exclusión de temas se basarán en la cultura popular; es decir, se incluirán aquellos temas que, según los juristas y los profanos, deben entrar dentro del ámbito del Derecho. El punto de partida puede ser el de las normas estatales; éstas forman parte, evidentemente, de lo que se entiende por Derecho. Es claro, también, que todo lo que se refiere a la promulgación o aplicación de estas normas entra dentro del sistema jurídico. Ello comprende, desde luego, a los tribunales, las asambleas legislativas, los órganos del municipio y del distrito, los entes administrativos, el Servicio Interno de Rentas, la Comisión de Comercio Interestatal, las Agencias de la Administración que autorizan el ejercicio profesional de médicos, profesores, fontaneros e incluso las más modestas oficinas de urbanismo y alcantarillado público. Todos ellos elaboran normas y reglamentos.

Un sistema jurídico no puede ejecutar o aplicar estas normas y reglamentos sin el trabajo de muchos hombres y mujeres que cumplen órdenes superiores; por ejemplo, policías, inspectores de ascensores o comisarios que trabajan en la oficina de impuestos. También incluimos como parte del sistema a nuestro inmenso cuerpo de abogados. Su trabajo —incluso sus negociaciones privadas en los confines de sus confortables despachos de Wall Street— es directamente relevante para el sistema jurídico. El Derecho es, en definitivas cuentas, la herramienta de trabajo del jurista. El abogado aconseja a sus clientes y les dice como deben utilizar el Derecho o cómo encontrar un camino seguro por entre los campos de minas de la ley. Trabaja en constante contacto con la ley y, de ese modo, forma parte del sistema jurídico; una parte vital, ciertamente.

Sin embargo, la actividad de los protagonistas oficiales del Derecho no lo es todo. Los ciudadanos de a pie también participan del sistema jurídico, no sólo con sus actos, que pueden ser conformes o no a Derecho, sino también con su actitud y sus creencias. Por ello, el sistema jurídico americano vigente es un organismo muy complejo. Tiene muchas partes, muchos actores y muchos aspectos. Los actores van desde los magistrados del Tribunal Supremo a los ferroviarios que duermen en los talleres de las estaciones; las instituciones comprenden a los tribunales, prisiones, oficinas de urbanismo, departamentos de policía y muchas más. Como en todos los sistemas jurídicos, lo que da vida al organismo es la forma en que las normas, las personas y las instituciones actúan unas con otras. Ver la forma en que lo hacen es, precisamente el tema general de nuestra obra.

El Derecho Norteamericano

1

¿Qué es un Sistema Jurídico

En la sociedad americana moderna, el sistema jurídico está en todas partes; con nosotros y a nuestro alrededor. Seguramente, la mayoría de nosotros no tenemos mucho contacto con los tribunales y los abogados, salvo en casos excepcionales. Pero no pasa un día, ni una hora apenas, sin que tengamos contacto con el Derecho e su sentido más amplio, o con personas cuya conducta se ve modificada o influenciada por el Derecho. El Derecho está ampliamente presente, aunque a veces sea invisible.

Por ejemplo, cuando vamos a la tienda y compramos pan, leche, sopa y patatas, o cuando extendemos un cheque para pagar la comida y nos llevamos los paquetes al coche, asumimos o nos valemos de muchas facetas del orden jurídico. Desde luego no nos damos cuenta de que el sistema jurídico, como una especie de «hermano mayor»*, nos observa por encima del hombro. Pero en cierto sentido, así es: nos observa a nosotros, al tendero y a sus dependientes. Y cada uno de los aspectos de esta pequeña parcela de nuestra conducta es objeto de una rama del Derecho.

Para ir a la tienda hemos tenido que conducir el coche o ir andando, cruzando varias calles. El Código de la Circulación andaba o conducía con nosotros. Docenas de normas o reglamentos regulan las condiciones de la fábrica en donde se ha montado nuestro coche; normas laborales y normas concernientes al propio vehículo, motor y

* «Big Brother», en el original. [N. del T.]

carrocería. En el interior de la tienda, había etiquetas en las latas de conserva y en los envoltorios; más normas y más reglamentos; en la historia de cada bote de mermelada, de cada tubo de pasta dentrífica, se esconden normas y reglamentos. Y, por descontado, los dependientes de la tienda, así como los obreros de la planta de fabricación de automóviles, se hallan bajo las reglamentaciones laborales locales, estatales y federales.

Ciertamente, la mayoría de las cosas que compramos —aparatos de TV, colchones, zapatos, etcétera— se hallan reguladas por alguna rama del Derecho; normas sobre sanidad, calidad u otros aspectos de la fabricación y consumo. La mayor parte de los edificios y locales comerciales, incluida la propia tienda deben ajustarse a las normas de urbanismo, de seguridad o de incendios. Normas sobre pesos y medidas, higiene y seguridad en el trabajo, horas extraordinarias, descanso semanal... la lista es interminable.

Pero todavía hay más. Cuando compramos una barra de pan o un bote de sopa estamos realizando un contrato, aún sin darnos cuenta. Si algo falla en la operación, empiezan a jugar, al menos en teoría, las normas sobre los contratos, las del Código de Comercio o las de alguna otra parte del Derecho mercantil. El Código de Comercio contiene los preceptos que regulan el cheque; un importante cuerpo de Derecho bancario se refiere a estos trozos de papel que sirven de medio de crédito y de pago. Si el bote de sopa está en mal estado y caemos enfermos, podemos demandar al fabricante del producto, lo cual nos va a poner en contacto con otro aspecto del Derecho; el de la responsabilidad en la fabricación de productos, que forma parte del Derecho sobre daños y perjuicios.

Ello no significa que el Derecho nos aprisione como una coraza. El Derecho está en la atmósfera, tan ligero al tacto como el aire. (Los fabricantes y los tenderos pueden, desde luego, ver las cosas de un modo distinto). Por otra parte, sería un error pensar en el Derecho como un conjunto de prohibiciones, es decir, como un padre dictatorial o gruñón. La mayor parte de las leyes pretenden hacernos la vida más fácil, más segura, más feliz o mejor. Cuando las leyes prohiben algo (o exigen algo de alguien) es normalmente en beneficio de alguna otra persona. La Ley quiere que los fabricantes de sopa pongan etiquetas en sus latas. Tienen que especificar exactamente lo que contienen. Ello representa una carga para el fabricante, pero es en beneficio (o pretende serlo) de los compradores de sopa. En muchos aspectos el sistema jurídico tiende más bien a *facilitar* que a prohibir o a molestar. También prima, promociona y provee los medios adecuados para alcanzar objetivos deseables. Las leyes sobre testamentos o contratos, por ejemplo, tratan de las formas de realizar la voluntad de uno, con eficacia y seguridad; se refieren en mucho menor grado a lo que no hay que hacer; al precio a pagar por desobedecer las leyes. En este sentido, gran parte del Derecho tiende a facilitar las cosas. Ofrece fórmulas estandarizadas —rutinarias— para alcanzar determinados fines; construye carreteras para el tráfico social.

El proceso jurídico es tan importante que nos interesa, en verdad, conocerlo lo mejor posible. ¿Pero en qué consiste? ¿Qué piensa la gente cuando se refiere «al Derecho» o «al proceso legal»? Por mucho que queramos evitar los complicados problemas de una definición, al final tendremos que definir exactamente lo que entendemos por *Derecho, sistema jurídico y proceso legal.*

Definir esos conceptos es un trabajo complejo. La palabra *Derecho* pertenece al lenguaje común, es parte del vocabulario básico. Pero es una palabra con muchos significados, escurridiza como una anguila e intangible como una burbuja de jabón. Es imposible hablar sobre el significado del Derecho de forma perceptible para los sentidos, como si el Derecho fuera un objeto concreto del mundo que nos rodea, algo que pudiéramos sentir u oler, como una silla o un perro. Sin embargo, debemos intentar llegar a algún tipo de definición útil.

Un punto de partida sería observar de qué forma la gente utiliza palabras tales como *Derecho* y preguntarse qué significado les da. En primer lugar la gente parece referirse al entramado de leyes y reglamentos que nos rodean. Ello resulta claro en expresiones tales como «incumplir las leyes» o «acatar las leyes». También tiene este significado en frases tales como «circular a noventa millas por hora va contra la ley». Hay y puede haber otros matices conceptuales; pero la idea de las leyes y los reglamentos está normalmente en el núcleo. Por lo tanto, en el lenguaje común, la palabra *Derecho* se relaciona con «el ordenamiento jurídico», esto es, con las leyes y los reglamentos.

Donald Black, en «The Behavior or Law»[1], avanza una definición concisa y decepcionadamente simple. Derecho, según Black, es «el control social del estado». Por «control social» entiende aquellos procesos y normas sociales que tienden a estimular conductas útiles y buenas o tratan de impedir los comportamientos indeseables. La ley prohibe el robo y la policía, los jueces y los tribunales penales intentan erradicarlo.

En conjunto, constituyen un claro ejemplo de control social (o, al menos, de un intento de control social). Todo el conjunto de la

justicia penal apunta claramente en esa dirección. Para la gente de la calle es quizás la parte más familiar y evidente del sistema jurídico.

Pero el Derecho es algo más que la justicia penal. El resto del Derecho (lo que los juristas llaman Derecho Civil) es, de cualquier forma que se mire, más extenso y, posiblemente, casi más importante. Para que nos sea útil la definición de Black tenemos que entender «control social» en un sentido más amplio. Tiene que comprender todo el entramado de normas y procesos que atribuyen consecuencias jurídicas a determinados actos de nuestra vida.

Tomemos, por ej., las conocidas disposiciones legales sobre daños y perjuicios. Si al conducir imprudentemente o demasiado deprisa en un parking uno colisiona con el parachoques de otro coche, el hecho tendrá consecuencias jurídicas. Lo que uno ha hecho no es ningún delito, no iremos a la cárcel, pero nosotros (o nuestra compañía de seguros) tendremos que pagar los daños. Directa o indirectamente, esto depende de las normas sobre daños y perjuicios; normas que tratan de lo que acontece cuando una persona lesiona a otra o causa daños a su propiedad. Estas normas pueden cambiar nuestra forma de conducta. Evidentemente, afectan a nuestra cartera y a las primas del seguro que tenemos que pagar. De ahí que estas normas también formen parte del sistema de control social. Las leyes premian ciertas conductas y penalizan otras (o lo intentan), de la misma forma en que lo hace el orden jurisdiccional penal. Distribuyen costos y beneficios entre las personas según su actuación. Los conductores imprudentes deben pagar; las víctimas deben ser indemnizadas.

El Derecho, según Black, es control social, pero es control social de una especie concreta. El Derecho es un control social *estatal*. Existen otras clases de control social. Los maestros aplican ciertas reglas (y también premios y sanciones) para que los niños se porten bien; los padres también aplican ciertas reglas (premios y sanciones) en casa. También los padres y los maestros pretenden moldear futuros comportamientos. También las confesiones religiosas organizadas intervienen en los comportamientos, en el control social. Procuran inculcar a sus miembros una vida digna y piadosa, tal como la religión la concibe.

Pero estas clases de control social no son del estado; no son oficiales, no forman parte del aparato del Estado. Por tanto, según la definición de Black, no son Derecho. Por lo menos está claro que en un país como los Estados Unidos no forman parte del Derecho *oficial*. Hay, sin embargo, dos formas distintas de contemplar el Derecho; para la primera, el Derecho está formado, exclusivamente, de normas estatales u oficiales; la segunda, en cambio, lo contempla de un modo más amplio.

El principal enfoque de este libro no es tanto el Derecho como lo que hemos venido llamando *sistema jurídico*. La palabra *Derecho* se refiere a menudo a leyes y reglamentos solamente, pero hay una línea de unión que va de estas leyes y reglamentos a las estructuras, instituciones y procesos que surgen de las primeras. Este es el amplio campo del «sistema jurídico».

Es claro que el sistema jurídico tiene un contenido más amplio que el de las simples leyes. Para empezar existen leyes sobre leyes. Hay normas de procedimiento y normas que nos dicen como actuar en un supuesto de laguna legal. Para ser más precisos, se trata de disposiciones legales sobre jurisdicción, pleitos, jueces, tribunales, votaciones, asambleas legislativas y otras parecidas. La norma que dice que ningún proyecto de ley puede convertirse en ley, en Nuevo Méjico, hasta ser aprobada por ambas Cámaras y firmada por el Gobernador, es una norma sobre normas. Explica la forma de hacer una ley en Nuevo Méjico. H.L.A. Hart, en una conocida obra suya llamaba «normas secundarias» a estas normas sobre normas, y «normas primarias» a las normas sobre conductas concretas. Las disposiciones legales contra los robos en las tiendas o las que prohiben conducir a noventa millas por hora para ir de compras, son ejemplos de normas primarias. El Derecho, de acuerdo con Hart, es el conjunto de normas primarias y secundarias[2].

Ello no obstante, tanto las normas primarias como las secundarias son, en definitiva, normas; en cierto sentido, todas las normas son directrices sobre como actuar. Nuestro ejemplo de norma secundaria es, después de todo, una norma de como los legisladores deben actuar en Nuevo Méjico. Las leyes son importantes, pero un sistema jurídico no puede consistir sólo en leyes. Aunque pudiésemos leer en un libro todas las leyes que existen sabríamos muy poco sobre el sistema jurídico vigente. El Derecho sería sólo un conjunto de palabras en un papel si no tuviéramos en cuenta la manera como la gente de la sociedad actual piensa, siente y actúa frente a la Ley. Los preceptos, las disposiciones legales y las normas carecen de eficacia si algo no sucede; si no hay nada que las ponga *en movimiento*.

No es, desde luego, ninguna idea original. Es algo que todo el mundo sabe. La gente, a veces, dice que cierta ley es «letra muerta» mientras que otra está plenamente en vigor. También usamos la expresión «Derecho vivo». La letra muerta no es Derecho vivo, como tampoco las lenguas muertas, como el Sánscrito o el Latín, se pare-

cen al lenguaje hablado por la gente real, aquí y ahora. El Derecho vivo es el Derecho que vive en el sistema jurídico.

El límite nacional de velocidad máxima, por ejemplo, es, en este momento, el de cincuenta y cinco millas por hora. Es una norma legal. Pero el Derecho vivo, la práctica actual, son mucho más complejos. La norma no nos dice, por sí sola que, de hecho, se puede conducir a sesenta, o quizás incluso a sesenta y cinco, sin riesgo de que le detengan a uno. La policía no toma al pie de la letra el límite de velocidad máxima autorizada. Por otra parte, si alguien va por la carretera a setenta u ochenta millas y hay por ahí algún coche de la policía, éste pondrá en marcha la sirena y perseguirá al apresurado conductor. Cada situación requiere una interacción de muchos elementos del sistema jurídico; no solo de leyes e instituciones sino también de las personas y su comportamiento.

Elementos del sistema jurídico

Tenemos ahora una idea preliminar y aproximada de lo que queremos decir cuando nos referimos a nuestro sistema jurídico. Existen otras formas de estudiar este complicado sistema y el importante juego de sus instituciones. En primer lugar, el sistema jurídico tiene una *estructura.* El sistema se halla en constante cambio. Pero sus partes cambian a ritmos diferentes; algunas de ellas no cambian tan rápidamente como otras. Hay modelos que perduran largo tiempo, aspectos del sistema que ayer estaban ahí (o incluso en el siglo pasado) y que todavía persistirán mucho tiempo. Es la estructura del sistema jurídico, el esqueleto o la osamenta, la parte duradera, lo que da una forma y definición peculiares al sistema.

Existe en este país un Tribunal Supremo de nueve magistrados. El Tribunal está ahí desde finales del siglo dieciocho; probablemente todavía estará ahí en el siglo veintiuno y sus formas de trabajo cambian muy lentamente. La estructura de un sistema jurídico consiste en elementos de esta clase: el número y clase de los tribunales, su jurisdicción (esto es, de qué clase de casos se ocupan, cómo y cuándo) y las formas de apelación de un tribunal a otro. La estructura también comprende la forma en que se organiza una legislatura, cuántos miembros se sientan en la Comisión Federal de Comercio, qué es lo que puede hacer o no (legalmente) el presidente, qué procedimiento sigue el departamento de policía y así sucesivamente. La estructura, de alguna manera, es una especie de sección transversal del sistema jurídico, una especie de instantánea que paraliza la acción.

Otro aspecto del sistema jurídico es su *substancia.* Con ello queremos aludir a las leyes actuales, las normas y los modelos de comportamiento de las personas que están dentro del sistema. Derecho es, ante todo, en el sentido popular del término, el que el límite de velocidad sea de cincuenta y cinco millas por hora, el que los ladrones puedan ir a la cárcel y el que «según la Ley», un fabricante de conservas tenga que detallar los ingredientes en la etiqueta del bote.

Pero, de alguna manera, también es «substancia» el que la policía sólo detenga a los conductores que vayan a setenta en vez de a sesenta; o que el ladrón sin antecedentes pueda obtener la libertad bajo vigilancia o que las autoridades en materia alimenticia sean más condescendientes (o exigentes) con la industria conservera. Estos son ejemplos útiles del Derecho vivo. Substancia también es el «producto» que los ciudadanos elaboran dentro del sistema jurídico; las decisiones que toman, las nuevas normas que crean. Se sabe algo sobre la substancia del sistema jurídico cuando puede saberse a cuántas personas se detiene en un año por causar incendios; cuántas escrituras se registran en el condado de Alameda, California; cuántos casos de discriminación sexual se registran en los tribunales federales; cuántas veces al año la Agencia de Protección del Medio-ambiente reclama por los vertidos de residuos tóxicos de una empresa.

Este último párrafo deja bien claro que el concepto de substancia que damos en este libro no es el mismo que proponen algunos juristas. Aquí se pone el acento en el Derecho vivo y no solamente en las normas de los libros de Derecho. Y esto nos lleva al tercer componente del sistema jurídico que, hasta cierto punto, es el menos evidente: *la cultura jurídica.* Con ello queremos significar las actitudes de la gente frente al Derecho y al sistema jurídico; sus creencias, valores, ideas y expectativas. En otras palabras; es la parte de la cultura general que concierne al sistema jurídico. Estas ideas y opiniones son, en cierto sentido, lo que pone en marcha el proceso jurídico. Si se afirma que los americanos ponen muchos pleitos (sea o no verdad), es decir, que los americanos acuden a los tribunales por nimiedades, se está diciendo algo sobre la cultura jurídica. Muchas veces hablamos de cultura jurídica sin saberlo. Cuando decimos que los católicos rehuyen el divorcio (a causa de su religión); que la gente que vive en los suburdios no se fía de la policía; que la gente de la clase media presenta más reclamaciones a la Administración que la de la clase alta o que el Tribunal Supremo goza de gran prestigio, estamos haciendo afirmaciones relativas a la cultura jurídica.

La cultura jurídica es, en otros términos, la actitud del pensamiento y las fuerzas sociales que determina cómo se utiliza el Derecho; cómo se elude o se abusa de él. Sin cultura jurídica, el sistema jurídico está inerte; es como un pescado en un cesto en lugar de un pez nadando en el mar.

Otra forma de contemplar los tres elementos del Derecho es la de imaginar la «estructura» jurídica como una especie de máquina. La «substancia» es lo que la máquina fabrica o hace. La «cultura jurídica» es la persona o cosa que hace poner la máquina en marcha, la para, y determina cómo debe usarse.

Todas las sociedades, países y comunidades tienen una cultura jurídica. Siempre hallaremos actitudes u opiniones relativas al Derecho. Ello no significa, desde luego, que todo el mundo participe del mismo concepto. Hay muchas subculturas: la blanca y la negra; de jóvenes y de viejos; de católicos y protestantes; de judíos; de ricos y de pobres; de gente del este y del oeste; de gángsters y de policías; de juristas, médicos, zapateros, banqueros, etc. Una de las subculturas especialmente importante es la cultura jurídica de «los de dentro»; esto es, de los jueces y jurisconsultos que trabajan dentro del propio sistema jurídico. Puesto que el Derecho es su trabajo, la postura que toman y su escala de valores pesan mucho en el sistema. Cuando menos, es un dato interesante. La medida exacta de su influencia es aún un punto de discusión entre los estudiosos.

Estos tres elementos, con referencia al Derecho Americano — estructura, substancia y cultura— constituyen los temas de este libro. En él se estudiará la forma en que el sistema jurídico americano está organizado, qué hace y cómo lo hace y se prestará especial atención a la cultura jurídica, a las ideas y fuerzas ajenas a la máquina jurídica que la ponen en movimiento y la detienen. Los tres elementos pueden utilizarse para analizar todo lo que hace el sistema jurídico. Tomemos, por ej. el famoso caso de la pena de muerte *Furman c/ Gerogia* (1972)[3]. En este proceso, una reducida mayoría de los magistrados del Tribunal Supremo de los Estados Unidos (cinco de nueve) abolieron, por razones constitucionales, las leyes sobre la pena de muerte, en todos los Estados que la mantenían. (Más tarde, el Tribunal dio marcha atrás, en cierto sentido; tema que trataremos en otro capítulo). Para entender lo que sucedió en el caso *Furman* es preciso, ante todo, que comprendamos bien la estructura del sistema jurídico. De otro modo no llegaremos a entender cómo este caso fue pasando de un tribunal a otro superior ni por qué al final, fue fallado en Washington D.C. en lugar de Georgia, donde empezó. Tendremos que saber algo sobre federalismo, sobre la Constitución, sobre las relaciones entre los tribunales y los legislativos y muchos otros aspectos permanentes y estables del Derecho Americano.

Pero esto es solo el principio. El propio caso ocupa no menos de 230 páginas impresas en documentos oficiales (hay siete votos discrepantes). A medida que avanzamos en su lectura nos quedamos inmersos en la substancia del Derecho constitucional. Para empezar, el caso gira, en parte, sobre si la pena de muerte es un castigo «cruel e inusual»; de ser así, la Octava Enmienda a la Constitución lo prohibe de forma explícita. Se discuten ampliamente las opiniones sobre el significado de «cruel e inusual»; sobre lo resuelto en casos anteriores; sobre la interpretación de esta frase en doctrinas y sentencias. Sin embargo, la substancia y la estructura, en su conjunto, no explican cómo surgió este caso ni cómo se desarrolló de esa manera. Hay que saber algo del contexto social; del movimiento abolicionista de la pena capital; de qué o quiénes estaban detrás del caso; qué organizaciones luchaban en favor o en contra de la pena de muerte y por qué se produjo aquel resultado en aquel momento; esto es, las actitudes, valoraciones y creencias sobre la pena de muerte, el Derecho, los tribunales, etc. que explican, ante todo, cómo surgió el caso.

También podría interesarnos un cuarto elemento: *el impacto;* es decir, qué cambios produjo esta decisión. El Tribunal Supremo habló, ¿quién escuchaba? Conocemos algunos hechos evidentes sobre sus consecuencias inmediatas. En primer lugar los hombres y mujeres sentenciados a muerte nunca llegaron a la cámara de gas o a la silla eléctrica. Su pena fue automáticamente conmutada por muchos años de reclusión. Hubo otro tipo de impactos, tanto en la substancia como en la estructura y cultura jurídicas. El caso *Furman* desencadenó una tormenta de discusiones, una rabiosa actividad en las asambleas legislativas de los estados y, a fin de cuentas, una multitud de nuevos casos. Quizá se produjeran también otras consecuencias más remotas (aunque importantes) sobre el prestigio del Tribunal Supremo, el índice delictivo o la moralidad social. Cuanto más remotas son las consecuencias, más difícil resulta conocerlas y medirlas.

Sorprendentemente, solemos saber muy poco, en general, sobre el efecto de las sentencias, incluso sobre su impacto inmediato. No compete a los tribunales el averiguar lo que les sucede a los litigantes cuando salen de los juzgados o lo que acontece en la sociedad. Ahora bien, el impacto es un tema de investigación que solo está empezan-

do pero que va en aumento; de vez en cuando citaremos o mencionaremos el resultado de estas investigaciones.

Las funciones del sistema jurídico

Ahora bien, ¿por qué hay un sistema jurídico? ¿Qué hace en favor de la sociedad? En otras palabras, ¿qué funciones lleva a cabo?

Ya hemos dado una posible respuesta. El sistema jurídico es una parte del sistema de *control social.* En el más amplio sentido, ésta puede ser *la* función del sistema jurídico; todo lo demás es, en cierto modo, secundario o subordinado. Dicho de otro modo: el sistema jurídico se refiere al control del comportamiento. Es una especie de guardia urbano. Le dice a la gente lo que puede hacer o no y sus órdenes son respaldadas por la fuerza.

El sistema jurídico puede hacer esto de forma muy directa y literal. Después de todo, lo cierto es que *hay* guardias urbanos colocados en los cruces de más circulación, dirigiendo el tráfico en una u otra dirección y, ciertamente, forman parte del sistema jurídico tal y como lo hemos definido. La organización jurisdiccional penal es, probablemente, el ejemplo más familiar de Derecho y control social. En ella hallamos parte de la artillería pesada de la sociedad: jueces, jurados, prisiones, guardias, policía, abogados criminalistas. Las personas que infringen la ley y demás «desviacionistas» son perseguidos, aprehendidos y, a veces, castigados; esto es control, en su sentido más básico y genuino.

Una segunda funcion importante del Derecho es la que podemos denominar *la resolución de litigios.* Un litigio es, según Richard L. Abel, la afirmación pública de demandas contradictorias sobre algo de valor[4]. Es decir, cuando, por ejemplo, dos personas insisten en ser ambas propietarias del mismo trozo de tierra; o cuando un V.W. «escarabajo» colisiona con el parachoques trasero de un Chevrolet 1978 y el conductor del Chevrolet amenaza con demandar al conductor del V.W.; o cuando se rompe el matrimonio entre Marck y Linda y se pelean para ver quién se quedará con la casa, el niño o el dinero. Todos estos casos son litigios en el sentido de Abel; demandas contradictorias sobre algo de valor.

A menudo, aquello sobre lo que las partes disputan *es* una cosa (o una persona) concreta, algo que se puede tocar, o coger —un niño, un fajo de billetes, una casa—. Otras veces, la «cosa» es más abstracta o nebulosa: el derecho a la nacionalidad, la reputación

tirada por los suelos, los daños y perjuicios morales y materiales, la buena voluntad o la tranquilidad de espíritu. Los litigios pueden ser grandes o pequeños, sórdidos o suaves. La frase *«resolución de litigios»* se suele reservar para la parte baja de la escala, para controversias entre individuos o negocios privados. En la sociedad encontramos, desde luego, conflictos mayores y más importantes; conflictos entre clases o grupos. Por ejemplo, los enfrentamientos entre el trabajo y el capital o entre las diversas regiones del Estado; o entre blancos y negros, Norte y Sur; entre jóvenes y viejos; entre personas que quieren proteger las playas y los que prefieren sacar petróleo del mar.

Quizás sería una buena idea dar una denominación específica a estas macrocontroversias y llamarlas conflictos en lugar de litigios. En cualquier caso, el sistema jurídico se ocupa tanto o más de los conflictos que de los litigios. El sistema jurídico, es, en otros términos, tanto un medio de resolver conflictos como un medio de solucionar litigios. En este orden de ideas, uno piensa inmediatamente en los tribunales, es decir, en cuanto son las instituciones que más claramente contribuyen a la resolución de conflictos. Y realmente, así es. No obstante, en conjunto, la labor de las asambleas legislativas es, probablemente, más importante. Es el Congreso y los legislativos de los estados los que (en el mejor de los casos) zanjan la mayor parte de las duras batallas entre patronos y sindicatos, entre hombres de negocios y el Club Sierra, por ej., entre los jubilados y los que tienen que cotizar a la Seguridad Social. Así, por ej., en el Ayuntamiento de Chicago, los que impulsan la creación de nuevas tiendas, fábricas y autopistas se enfrentan con la gente que desea preservar las antiguas mansiones y defender sus barrios. En el extraradio, los Ayuntamientos y oficinas de urbanismo median en los conflictos entre los que quieren industria ligera y centros comerciales y los «residencialistas», que no desean otra cosa que casas unifamiliares, verde césped y rosales.

Las múltiples funciones del Derecho, evidentemente, se entrecruzan. No hay ninguna función que tenga un límite claro y perfecto. La línea que separa un conflicto de un litigio es, lamentablemente, confusa. Otras funciones del Derecho están todavía menos perfiladas. Una de ellas es la función de remodelación social redistributiva. Nos referimos al hecho de que las leyes, a veces, se utilizan para determinar un cambio social planificado —un cambio impuesto desde arriba— es decir, por el gobierno. La remodelación social es una faceta muy notable de los modernos estados de bienestar social.

Los Estados Unidos —al igual que otros países occidentales— recaudan impuestos de la gente que tiene dinero y lo utilizan para dar bonos de comida, asistencia médica y a veces casas baratas a los pobres o a los necesitados.

El Derecho asume, pues, el aspecto técnico o planificado de la política social; todo aquello que se realiza de una forma deliberada y siguiendo una opción pública. Es lo contrario de un mercado no planificado. En la economia de mercado, es la ley de la oferta y la demanda la que determina los precios. El mercado decide qué productos o negocios van a más y cuáles decaen o perecen. El mercado distribuye bienes y servicios, beneficios y cargas a través de un sistema de precios. Es una especie de subasta en la que los compradores pujan para obtener bienes; los bienes raros y deseables suben de precio mientras que los más comunes y menos deseados bajan.

En cierto sentido, el sistema jurídico es una forma paralela de distribución de bienes y servicios. También raciona la escasez de cosas útiles. Para levantar un ejército en tiempo de guerra se podría, literalmente, *comprar* soldados; y en el pasado, esto es lo que hicieron, precisamente, algunos países. Hoy en día no se nos ocurriría usar ese sistema. Acudiríamos, por el contrario, al reclutamiento de los soldados. El Congreso aprobaría una ley y dictaría normas sobre quién debe servir en filas. Habría leyes y reglamentos sobre prórrogas, contingentes locales y estatales; sobre cómo considerar a los objetores de conciencia y a los reclutas con pies planos o con visión defectuosa. Nada o muy poco tendría que ver el mercado con esas reglas. Si cambiamos las reglas modificamos el sistema de reparto. En otras palabras, aunque no nos demos cuenta, nuestro sistema jurídico es una especie de sistema de distribución gigante, un sistema planificador gigante y un sistema gigante de remodelación social.

No deberíamos llevar demasiado lejos el término «remodelación social». Le da al sistema jurídico una connotación demasiado activa y reformadora. Las más de las veces la aportación jurídica tiene un sentido opuesto; más que a cambiar las cosas tiende a mantener intacto, el «status quo». Esta función puede denominarse de *mantenimiento social.* El sistema jurídico mantiene a la maquinaria funcionando, más o menos, tal como lo ha hecho en el pasado. Después de todo, también el «libre mercado» —y también la «mano invisible»— precisan del Derecho para conservar las reglas del «fair play». Incluso en los sistemas más liberales, el Derecho respalda el comercio, crea sistemas monetarios e intenta mantener el armazón de orden y respeto hacia la propiedad.

Cada sociedad tiene su propia estructura; y esa estructura no se ha colocado por arte de magia o por casualidad, ni por la inercia o la ley de la gravedad. Lo que hace que la estructura se mantenga a través de los años es, ante todo, el comportamiento y las actitudes sociales; costumbres, cultura, tradiciones y normas no formales. Ello, sin embargo, no es suficiente en la sociedad moderna. La sociedad contemoránea necesita los huesos y la musculatura del Derecho para mantenerse sana e incluso para seguir viva. Si alguien irrumpe en nuestra casa y se niega a salir podemos acudir a «*la Ley*» y echarlo fuera. Si el vecino nos debe 300 dólares, podemos acudir al tribunal y recuperar el dinero. La Ley defiende nuestros derechos, incluidos nuestros derechos de propiedad. Esta es la función de mantenimiento social. El Derecho penal forma parte de ella. Después de todo, los delitos que se castigan con más frecuencia son delitos contra la propiedad; hurtos robos, apropiaciones indebidas. Son delitos contra la propiedad de las personas. Cuando castigamos a los que cometen hurtos estamos protegiendo, al mismo tiempo, a las personas propietarias de los efectos hurtados. En consecuencia, estamos preservando la estructura económica (y social) de la sociedad.

Es claro, por tanto, que el Derecho protege el «status quo» de manera muy directa y evidente. La frase «*status quo*» no es muy feliz. Se suele pronunciar con una sonrisita sarcástica; suena a estático, incluso a reaccionario. Nos sugiere la idea de que el Derecho (y la sociedad) sostienen, con torpeza y prejuicios, a la clase privilegiada contra los pobres y necesitados. Puede que sea cierto y puede que no. Todas las sociedades —incluso las revolucionarias— intentan conservar algo de su «status quo». La sociedad revolucionaria intenta conservar y fortalecer la revolución. La sociedad tradicional intenta conservar y fortalecer la tradición. Cualquier sociedad quedaría inmediatamente colapsada si no tomase medidas para consevarse a sí misma. No existe el revolucionario absoluto, alguien que quiera cambiarlo todo. El que sea bueno o malo conservar las antiguas formas depende de cómo estas sean y a qué antiguas formas nos queramos referir.

El hecho crucial de la vida humana es que nadie vive eternamente. Los hombres consumimos nuestras breves vidas y morimos. Pero las sociedades y las instituciones siguen. La estructura social es mucho más duradera que los hombres que ocupan sus puestos en ella. La estructura es como una obra teatral —*Hamlet,* por ej.— en la que el texto pasa de generación en generación, pero con diferentes actores que representan sus papeles y con nuevas versiones, nuevos

decorados y nuevos trajes distintos en cada época. Sabemos que las normas, la moral y las costumbres hacen de puente entre las generaciones. Constatamos cómo cada generación enseña su lengua y cultura a sus hijos para que la próxima continúe como lo hicieron sus padres. Si hablamos inglés, también lo harán nuestros hijos y también los hijos de sus hijos; e incluso un recién nacido, que no habla lengua alguna, aprendería el chino o el portugués si se hablasen esas lenguas en su entorno.

Desde luego, es preciso no olvidar que los papeles sociales no son exactamente iguales que el papel de Hamlet en la obra de Shakespeare; están mucho más sujetos al cambio. Y hoy en día, el cambio social se produce a pasos agigantados, mucho más deprisa que en cualquier época anterior. Pero aún así, no todo cambia en un instante y en cada esfera de la vida. Si un hombre o una mujer del siglo pasado se quedasen dormidos como Rip Van Winkle y despertaran en nuestros días se sorprenderían de muchas cosas: coches, computadoras, «revolución sexual». Tendrían dificultades para adaptarse a nuestro mundo. Aunque muchas otras cosas —trajes, costumbres, edificios, formas de pensar— les resultaran, al menos, vagamente familiares, algunos aspectos de la vida les chocarían exactamente lo mismo.

Continuidad, y sin embargo, cambio. Estas son las constantes de la vida social. Y el sistema jurídico juega un papel esencial al promocionar la continuidad y también el cambio. Sirve para unir a las generaciones, pero también contribuye al cambio social directo que discurre por canales apacibles y constructivos. Por ejemplo, existen leyes sobre as sucesiones patrimoniales; sobre las formas de testar, sobre los impuestos sucesorios y sobre los derechos del cónyuge viudo. Hablamos de las «sucesiones» con una expresión lúgubre. Pero sin las «suceciones» —sin el derecho de una persona a decidir, más o menos, el destino que quiere dar a sus bienes cuando muera— cada generación tendría que reconstruir su estructura desde el principio; cada generación tendría que decidir cada vez quién es pobre y quién es rico. Podría ser mejor o peor, pero ciertamente sería diferente.

Todas nuestras instituciones jurídicas —Tribunales, Parlamentos y también la Administración— están proyectadas, al menos en parte, para la continuidad y el cambio. Están pensadas para permitir que se produzca el cambio, pero en forma ordenada, regulada y predeterminada. En último término, cada vez que se reune el Congreso, cada vez que el Parlamento de Delaware, por ej., tiene sesión en Dover o cuando el Ayuntamiento de Omaha se reúne, producen volúmenes y más volúmenes de leyes. Cada nueva ley cambia *algo*; cada ley intenta zanjar algún problema social, grande o pequeño. Afortunadamente, en este país resulta un proceso ordenado (las más de las veces). Como en el resto del mundo, América intenta domar el caballo salvaje del cambio en lugar de dejarlo galopar desbocado en todas direcciones. El sistema jurídico es un proceso que sirve para evitar el cambio excesivo y los cambios demasiado rápidos; es un procedimiento para limitar las explosiones volcánicas del cambio. No siempre lo consigue. Tampoco ello sería bueno.

Las reclamaciones a la administración. Cuando pensamos en el control social nos solemos representar al Derecho y al Gobierno controlando a «sus súbditos»; ellos arriba y el pueblo abajo. El control social es el policía que pone una multa por exceso de velocidad, por ejemplo. Pero también es preciso un control sobre los policías. En nuestra sociedad no hay caballos sin bridas. A nadie —ni siquiera al Alcalde de Menphis, ni al Gobernador de New York, ni al Presidente, ni al propio Tribunal Supremo— se le considera verdadera y absolutamente supremo. Sólo la ley es suprema.

Sin embargo, ello es así sólo en teoría. La práctica es más complicada y dista de ser perfecta. Todo el mundo sabe que algunas autoridades abusan de su cargo. Oímos hablar de corrupción; algo sabemos de la pequeña tiranía de los burócratas. Para corregir estos males se han introducido controles en el sistema. En otras palabras; el Derecho tiene la misión suplementaria de vigilar a los propios legisladores. Es, en cierto modo, un procedimiento para poner el control social patas arriba. (Dicho de otro modo, es simplemente otra forma de control social, pero sobre un subgrupo escogido de la sociedad). El control de los controladores es, desde luego, un tema básico en la administración americana; constituye el objeto de la «revisión jurisdiccional» (la facultad que tienen los tribunales de determinar cuándo los otros poderes del Estado se exceden). Los tribunales suelen amonestar o corregir, sin temor alguno, al Congreso, a las oficinas de la Administración, a la Policía, y al propio Presidente, cuando se han excedido en lo que el tribunal estima debe ser el límite de la legítima autoridad. Ello es especialmente cierto para los límites recogidos en la Constitución o establecidos por los tribunales en los procesos de «interpretación» del texto.

También solemos hablar de las «reclamaciones a la Administración». Por tales entendemos las reclamaciones particulares de los ciudadanos o de las compañías contra la Administración. Las recla-

maciones administrativas contribuyen a controlar el abuso de poder; pero las más de las veces lo que quiere el reclamante es una compensación por algún error concreto de la Administración. Existen numerosos ejemplos: reclamaciones de pensión, de indemnizaciones; quejas y agravios por las mil y una chapuzas que puede hacer un funcionario americano del siglo veinte. Tomemos un ejemplo entre mil: un hombre llamado James T. Blanks, que vivía en Alabama y decía tener sesenta y dos años, solicitó en 1964 la pensión de jubilación: El departamento de Sanidad, Educación y Seguridad Social se la denegó. Según ellos, sólo tenía sesenta años; le faltaban dos para la edad reglamentaria. Obtuvieron este informe de un censo escolar del Condado de Marshall, Alabama. Blanks contaba con una Biblia familiar, en la cual se anotaban nacimientos, matrimonios, etc.; registros federales del censo, pólizas de seguros y el testimonio de vecinos y parientes. El personal del Departamento no se inmutó. Se ratificaron en su primera resolución. Blanks acudió a los tribunales. Demandó al Departamento y ganó el caso.

Evidentemente, no siempre los ciudadanos ganan estos casos. Lo más probable es que la Administración se salga con la suya a menudo. En un caso de Pennsylvania, un policía estatal, Joseph McIlvaine, fue obligado a jubilarse porque, según el reglamento, era demasiado viejo para el servicio. A McIlvaine le pareció una enorme injusticia y presentó una demanda para reingresar al cuerpo. Los tribunales de Pennsylvania se la desestimaron[6]. Trató de que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos reconsiderase el caso, pero tampoco lo consiguió[7].

Al ojear los registros de los tribunales, tanto estatales como federales, hallamos innumerables reclamaciones a la Administración. Quizás sean la punta del iceberg. Esta clase de reclamaciones parecen ser cada vez más frecuentes. El por qué eso es así y el saber si ello conduce o no a un control efectivo de la Administración son cuestiones que trataremos más adelante.

*El «common law» y sus rivales**

Hay una asombrosa variedad de sistemas jurídicos en el mundo.

*No traducimos la denominación «common law» por no existir la equivalencia exacta en castellano y por ser ya conocida en su propio idioma de origen. «Common law»: es aquella parte del Derecho de Inglaterra formulado, desarrollado y aplicado por los antiguos tribunales de Derecho común, basado en un principio en las costumbres comunes y no escritas del país. Es distinto de la equidad (cuerpo de normas que aplica el Tribunal de la Cancillería); de las leyes (Derecho escrito en leyes del Parlamento); del Derecho especial (el que aplican los Tribunales especiales, como el Derecho eclesiástico y el Mercantil) y del Derecho Civil (el Derecho Romano). Es el sentido común de la sociedad, cristalizado y formulado por nuestros antepasados. No es ni el Derecho local ni un producto de la legislación local ni un producto de la legislación». Definición sacada del «Osborn's Concise Law Dictionary» de Roger Bird. 7.ª ed. 390 pp. Sweet & Maxwell, London, 1983. (N.T.).

Cada país tiene el suyo propio y en los Estados Unidos cada estado tiene un sistema jurídico propio para regular sus asuntos internos; el sistema nacional (federal) está en la cumbre. Un estudiante de Derecho suele estudiar el Derecho de un solo país, aquel en que desea ejercer. Ello también es cierto en los Estados Unidos; las enseñanzas jurídicas se ciñen, en gran parte, al Derecho norteamericano. Nuestros estudios jurídicos son, sin embargo, netamente centralistas; pretenden ignorar las diferencias entre el Derecho de los distintos estados. El programa y las asignaturas son similares en Oregón y en Alabama. Con esa salvedad americana, los estudios de Derecho, en general, son muy nacionalistas. La medicina es más o menos igual en todo el mundo y ello es cierto, en general, para todas las ciencias naturales y aplicadas. En Uganda, la ingeniería eléctrica no es esencialmente distinta de lo que se entiende por ingeniería eléctrica en China o en los Estados Unidos. Pero el Derecho se define, estrictamente, por la nacionalidad; se detiene en las fronteras. Fuera de su lugar de origen, no tiene validez alguna.

Por tanto, no hay dos sistemas jurídicos exactamente iguales. Cada uno de ellos sirve específicamente a un país y a una jurisdicción. Ello no significa, claro está, que cada sistema jurídico sea completamente distinto de todos los demás. En absoluto. Cuando dos países son similares en cultura y en tradición, es probable que sus respectivos sistemas jurídicos sean parecidos también. No cabe duda de que el Derecho de El Salvador es muy parecido al Derecho de Honduras. Tampoco son muy distintos los Derechos de Australia y Nueva Zelanda.

También podemos reunir los sistemas jurídicos en grupos o «familias»; grupos de sistemas que tienen en común determinados rasgos importantes, substancia o cultura. Utilizamos intencionadamente la palabra «familia». Normalmente, los miembros de una misma familia jurídica están relacionados entre sí, esto es, tienen un padre o antecesor común. Los emigrantes ingleses se llevaron consigo su Derecho a las colonias americanas, a Canadá, a Australia, a Nueva Zelanda, Jamaica, Barbados, las Bahamas. Muchos de los paí-

ses del mundo formaron parte, antaño, del Imperio Británico. Ahora estos países son independientes y tienen sus propios sistemas jurídicos, pero han conservado sus tradiciones básicas. Los sistemas jurídicos del mundo anglosajón tienen un claro parecido familiar. Los españoles llevaron su Derecho a Hispanoamérica. Los países hispano-parlantes de esta parte del mundo comparten muchas tradiciones y caracteres comunes.

La familia más extensa y más importante es la llamada familia del *Derecho civil*. Los miembros de esta familia tienen una deuda común con el Derecho Romano. Los antiguos romanos fueron unos grandes legisladores. Su tradición nunca desapareció del todo en Europa, ni siquiera después de que los bárbaros invadieran lo que quedaba del Imperio Romano. En la Edad Media, el Derecho Romano, en su forma clásica, fue redescubierto y recibido; aún hoy, en Europa, los códigos reflejan «la influencia del Derecho Romano y su renacimiento medieval»[8]. Los países de Europa Occidental —Francia, Alemania, Italia, España, Portugal y los Países Bajos, entre otros— son netamente países de Derecho Civil. El Derecho Civil llegó a Hispanoamérica a través de España y Portugal. Los franceses lo llevaron a sus colonias de Africa. En Canadá, el Derecho Civil domina en la provincia de habla francesa de Quebec. Colorea fuertemente los sistemas jurídicos de dos de sus avanzadillas; Escocia y Louisiana. También juega un papel preponderante en países como Japón y Turquía, que permanecieron siempre apartados de la tradición histórica y sin embargo adoptaron algunas parcelas del Derecho Romano con la esperanza de modernizarse cuanto antes.

Los sistemas del Derecho Civil son, en términos generales, «sistemas codificados»: las leyes básicas se distribuyen en *códigos*. Son leyes, o mejor, superleyes, aprobadas por el Parlamento de la nación, que agrupan ramas enteras del Derecho de forma comprensible, lógica y ordenada. Históricamente, el código más importante es el Código civil francés; el llamado Código de Napoleón, que apareció en 1804. Ha tenido una enorme influencia en la forma y sustancia de la mayor parte de los códigos posteriores. Otro código influyente fue el alemán, que data de finales del siglo diecinueve.

En el Renacimiento, la ciencia jurídica europea quedó deslumbrada por la belleza y la fuerza del redescubierto Derecho Romano. No obstante, hubo un país que consiguió resistir a la llamada «recepción», esto es, la aceptación del Derecho Romano. Inglaterra fue la única que no quedó seducida. Se agarraba a sus antiguas tradiciones. Probablemente, muchos conceptos y términos del Derecho Romano y europeo se deslizaron introduciéndose en el Derecho inglés; pero el núcleo central del sistema jurídico de esta Isla aguantó firme. Este sistema jurídico local y tenaz era el llamado «*common law*». Se apartaba entonces y sigue apartado ahora, en muchos aspectos, del sistema jurídico de sus países vecinos. En primer lugar, el «common Law» se resistió a la codificación. No existió nunca un equivalente inglés del Código Napoleónico. Los principios generales del Derecho no se sacaron primordialmente de las leyes del Parlamento, sino de los *procesos judiciales*; del cuerpo de doctrina elaborada por los jueces y desarrollada por ellos mismos en sus sentencias. La doctrina del «precedente» —principio según el cual el juez queda en cierto modo constreñido por las sentencias anteriores— es, precisamente, una doctrina del «common law». También el «common law» tiene sus propias peculiaridades en su substancia, estructura y cultura. El jurado, por ej., es una institución del «common law». También lo es el «acuerdo fiduciario»; pacto por el cual una persona (o un banco) recibe, en calidad de fiduciaria, dinero o propiedades para invertirlo o administrarlo en provecho de determinados beneficiarios. El «common law» ya no se circunscribe a un pequeño país solamente. Los ingleses lo llevan a sus colonias y, en la mayoría de los casos, arraiga y fructifica. Todos los países del «common law» fueron alguna vez colonias de Gran Bretaña o, en algunos casos, colonias de colonias. A grosso modo, el «common law» domina donde quiera que se hable inglés. Esto incluye, en primer lugar, a nuestro propio país y además, al Canadá (excepto Quebec), Australia, Nueva Zelanda y naciones nuevas tales como Jamaica y Trinidad. También otros sistemas tuvieron su pequeña participación en algunos lugares —algunos restos del Derecho Hispano-mejicano penetraron superficialmente en California y Texas— pero el Derecho inglés es, con mucho, el elemento histórico más fuerte de nuestro sistema jurídico (Luisiana se mantiene apartada en un extremo). Inglaterra y los Estados Unidos, hablando en términos jurídicos, se han mantenido apartados durante más de 200 años, por lo que, en la actualidad, hay entre ellos importantes abismos.

Hemos dicho que el sistema de Derecho Civil era el dominante en Europa Occidental. No hemos mencionado a Europa del Este, que es una zona más bien difícil a los fines de una clasificación. Algunos estudiosos piensan que los países socialistas son suficientemente característicos como para formar su propia familia de sistemas jurídicos. Otros no están tan seguros. En el pasado, Rusia y sus satélites mantuvieron lazos muy estrechos con los sistemas de Derecho

Civil. La revolución socialista transformó a esos países, pero el parecido jurídico con Europa occidental es todavía muy fuerte. Esta es la razón por la cual algunos estudiosos los consideran todavía como formando parte de esa familia —quizás ovejas negras o raros desviacionistas— pero miembros de la familia, a pesar de todo.

Quizás la controversia surja sólo por una cuestión de conceptos, de palabras, si se prefiere. Los Derechos ruso, polaco y húngaro tienen, evidentemente, muchas cosas en común y muchos de sus rasgos comunes son totalmente extraños al Derecho holandés, por ejemplo. Así, en Holanda no hay granjas colectivas, por lo que tampoco hay leyes sobre dichas granjas. Asimismo, en Holanda la mayoría de los abogados trabajan en el sector privado y no son funcionarios del Estado, como en Rusia; la economía no está dirigida por el gobierno; no hay censura. Marx —y el oso ruso— dejaron caer sus potentes garras sobre el Derecho de las «democracias populares» de Europa oriental. Estas naciones están fuertemente influenciadas por el Derecho soviético y por las necesidades funcionales de sus economías socialistas.

Es, generalmente, una cuestión bastante delicada, el encasillar a los sistemas jurídicos dentro de una u otra familia. Siempre quedan al margen casos dudosos. Por ejemplo, los países escandinavos no cuadran muy bien con sus vecinos europeos; algunos estudiosos los consideran formando grupo propio. Por lo demás, un sistema jurídico no es un ejercicio histórico; es una máquina de resolver problemas, y los problemas que aborda son problemas de hoy, no de ayer. La tradición jurídica puede explicar algunos aspectos de la forma y del estilo de un sistema; pero probablemente no es un factor tan decisivo como piensan la mayor parte de los juristas y de los profanos.

Nos inclinamos a pensar, por ej., que Haití y Francia deben tener sistemas jurídicos muy parecidos; son parientes próximos de una misma familia. El sistema haitiano procede del francés. Ello es realmente cierto sobre el papel ¿Pero sigue siendo cierto cuando contemplamos el Derecho vivo? Haití es una dictadura, y es extremadamente pobre, casi totalmente rural y analfabeta. Francia es rica; tiene un sistema parlamentario, es urbana y altamente industrializada. Ambos países pueden tener códigos legislativos comunes (los libros), pero es posible que el Derecho vivo de Francia tenga más en común con el Derecho inglés que con el de Haití, aunque el Derecho inglés pertenezca a una familia distinta.

Todo esto es una suposición pues, sorprendentemente, sabemos

muy poco sobre el funcionamiento real de los sistemas jurídicos. Sin embargo, es muy pausible afirmar que el nivel de desarrollo de un país tiene una enorme influencia sobre el Derecho de ese mismo país. Quien alguna vez haya viajado en coche por Inglaterra y Francia se habrá dado cuenta (o habrá intuido) que las normas de circulación en ambos países son básicamente iguales, aun cuando los ingleses persistan en circular por la parte «contraria» de la calzada. Las reglas de tráfico son similares en todos los países afectados por la revolución automovilística. La tecnología es una gran legisladora y una gran niveladora. En el S. XIX, en los Estados Unidos, los problemas que trajo el ferrocarril y las oportunidades que creó, dieron lugar a la publicación de nuevos libros de Derecho. En la presente centuria, el automóvil ha tenido una influencia casi igual sobre el Derecho. Ni el ferrocarril ni el automóvil nos enseñan mucho respecto a que familia pertenece un sistema jurídico.

Es difícil exagerar la importancia de la tecnología al explicar la Historia del Derecho. Las páginas de nuestra historia lo proclaman prácticamente a gritos. Las leyes sobre daños y perjuicios (básicamente el Derecho relativo a los accidentes) fueron, propiamente hablando, fruto del ferrocarril; ahora son hijas adoptivas del automóvil. Debemos al automóvil un vasto cuerpo de normas, como las relativas al tráfico por carretera, a la seguridad en la circulación, a las compras a plazos de automóviles y muchas más. La invención del automóvil transformó la sociedad (y también el Derecho) en aspectos fundamentales. Muchos de estos cambios forman ya parte de nosotros. La vida urbana o del extraradio, ¿podría seguir igual sin automóviles? Y, sin embargo, el automóvil no es algo que separe a los países del Derecho Civil de los del «common law». Plantea los mismos problemas a todos. Separa, en cambio, a los sistemas modernos de otros más antiguos o primitivos. Y causa un fuerte impacto en nuestra forma de vivir y en la estructura de la libertad.

Hasta aquí sólo hemos mencionado dos o tres grupos principales —familias— de sistemas jurídicos. Pero las familias del sistema de Derecho Civil o del «common law» no son las únicas. Cada sociedad tiene un sistema jurídico y por ello, hemos dejado al margen muchos países. Nada dijimos, por ej., del sistema jurídico del Oriente lejano o de los sistemas sacro-jurídicos de la antigua India, Israel o de los países islámicos. El Derecho islámico, en particular, es una fuerza viva en el mundo de hoy. En Arabia Saudí, por ejemplo, tiene estado oficial; también ha tenido un espectacular renacimiento en otros países musulmanes, notablemente en Irán con el Ayatollah

Khomeini. Africa es el hogar de docenas de sistemas jurídicos tribales. Muchos de ellos son extremadamente interesantes; algunos han sido minuciosamente estudiados; todos ellos sufren la fuerte presión de los Códigos y las leyes occidentales en esta era de modernización.

El presente libro versa sobre el Derecho norteamericano y es imposible entrar en los detalles de todos estos variados sistemas. Sin embargo, las comparaciones y los contrastes son siempre interesantes y, a veces, esclarecedores. Ya no está de moda hablar de «Derecho primitivo», pero es claro como el agua que el Derecho de una tribu de cazadores o campesinos o el Derecho del imperio nómada de Atila o Genghis Khan tiene que ser distinto del Derecho de la América moderna. ¿Tiene sentido hablar de fórmulas evolucionistas en la Historia del Derecho; progresos que pasan inexorablemente de un estadio a otro? En otras palabras, ¿evolucionan los sistemas jurídicos claramente y según patrones, empezando en el estadio A, pasando por el B y el C para terminar en el D? ¿Existen estadios naturales y un orden prefijado de progresion?

Esta es una pregunta clásica de la ciencia del Derecho. No existe una respuesta clara; algunos incluso niegan que la cuestión tenga sentido. Una pequeña banda de hombres con cuchillos y lanzas tiene necesidades jurídicas muy distintas de las nuestras; el sistema feudal produce una clase de Derecho, la gran ciudad americana, otra muy distinta. La tecnología y los cambios en los sistemas sociales conducen al sistema jurídico hacia nuevos hábitos, nuevas cargas. El ferrocarril y el automóvil construyeron, casi literalmente, el Derecho sobre daños y perjuicios. Los sistemas jurídicos nunca son estáticos. Cambian con los tiempos cambiantes. En un país como el nuestro, siempre en movimiento, retorciéndose y cambiando, el Derecho es fundamentalmente dinámico. Llamar «evolución» a las líneas principales del crecimiento es sólo una cuestión de palabras.

2

El Derecho formal y el Derecho no formal

CUANDO UNO PIENSA o habla sobre Derecho, lo que tiene «in mente» es el sistema jurídico *oficial*, esto es, el sistema emanado del Estado; aquel para cuyo sostenimiento pagamos impuestos. Hay muchas definiciones de Derecho que explicitan este concepto: Donald Blak, por ejemplo, definió el Derecho como el control social del Estado.

Pero hay otras formas de definir el Derecho, algunas de las cuales son más amplias que la definición de Blak. El jurista Lon Fuller dio, en una ocasión, esta definición de Derecho «tratar de sujetar la conducta humana al imperio de las normas»[1]. El Estado, desde luego, procura en gran manera sujetar (o intentar sujetar) las conductas a las leyes, pero no es la única institución que lo hace. Fuller construyó deliberadamente su definición de tal forma que no quedase limitada a las leyes oficiales, a las leyes emanadas del Estado. Dijo, simplemente, normas. Si interpretamos al pie de la letra esta definición, el Estado no tiene el monopolio del Derecho, ni en ésta ni en las demás comunidades.

La definición de Fuller muestra una forma distinta de contemplar el Derecho. Nos pide que contemplemos no sólo la fuente del proceso jurídico —es decir, si procede o no del Estado y si lleva un sello oficial, por así decir— sino también el proceso mismo. Todas las organizaciones, de la dimensión que sean, tienen normas que intentan hacer cumplir. A una mayor organización corresponderá, probablemente, un mayor número de normas. Los estudiantes de la

Universidad o de la Escuela saben perfectamente que las escuelas dictan normas y reglamentos e intentan hacerlos cumplir. Estas normas y reglamentos forman parte de su vida y de todo su entorno. Ello es tan evidente como que cualquier empresa que no sea estrictamente familiar —hospitales, prisiones o fábricas— debe funcionar según ciertas normas: normas sobre el trabajo de los empleados, sobre adquisición de equipos, sobre como tratar a pacientes y clientes, sobre ingresos y gastos, sobre empresarios y trabajadores, y así sucesivamente.

¿Cómo puede una empresa hacer cumplir esas normas? No tiene ni policía oficial ni tribunales. Dispone, sin embargo, de sanciones; de formas de aplicar premios y castigos. La empresa no puede ahorcar a un trabajador, darle de latigazos o desterrarlo a una isla desierta; pero puede despedir al que llega tarde cada día, o al que se emborracha en el trabajo o se niega a obedecer las normas. Hubo un tiempo en que el patrono tenía poder ilimitado para contratar y despedir. Era legislador, juez y jurado. Sin embargo, para las grandes empresas, cuando menos, ello ya no es así. Hoy se tiende a que este proceso esté altamente «legalizado». Existen complicados procedimientos para mantener la disciplina en el trabajo y para resolver las reclamaciones. Allí donde la clase obrera está unida, los contratos de trabajo suelen fijar normas sobre cómo resolver los «casos» concretos. A menudo, ambas partes se ponen de acuerdo para que un tercero neutral —un árbitro— tome las decisiones finales. En nuestros días, incluso las empresas ajenas a los sindicatos tratan de tener algún procedimiento disciplinario y de resolución de reclamaciones.

No es ésta la única faceta que hace que una gran empresa se parezca a una especie de Estado privado, con su propio sistema jurídico privado. La gran empresa tiene no sólo tribunales «privados», sino incluso policía privada. La General Motors, por ej., tenía en 1978, 4.200 vigilantes de fábrica; ello significa que el cuerpo de policía de esta empresa era mayor que el de los Departamentos de Policía local de este país, con excepción de las cinco mayores ciudades[2]. Los guardias de seguridad suelen llevar uniformes y se parecen a menudo a los policías pagados por el Estado. Suelen efectuar rondas reglamentarias y pueden llevar a cabo detenciones, como, de hecho, así sucede.

El tema de la policía privada va rápidamente en aumento. No es, empero, un fenómeno nuevo. La famosa Pinkerton National Detective Agency («el ojo que nunca duerme») protegía a Abraham Lincoln; vigilaba a los empleados de las compañías ferroviarias cuya

honradez ofrecía dudas y proporcionaba esquiroles a las empresas cuyos trabajadores estaban en huelga[3]. Varias agencias de detectives surgieron a finales del diecinueve y a principios del veinte. Las empresas con grandes pérdidas debidas a la delincuencia interior y exterior acudieron, cada vez más, en demanda de ayuda a los detectives y a la policía privada.

Por ello, en cierto sentido, todas las instituciones tienen una especie u otra de sistema jurídico. No forzaríamos excesivamente la definición de Fuller al afirmar que incluso la familia hace sus propias leyes y las ejecuta. El padre y la madre legislan y toman decisiones constantemente: quién debe ocuparse de lavar los platos; en qué casos se permite a los niños regresar pasadas las diez; cuando pueden ver la T.V., etc. Hay leyes grandes y pequeñas, como por ej., la de que no se permite más de una porción de tarta en la fiesta de cumpleaños o la de que los juguetes y las tareas domésticas deben repartirse equitativamente. Esas normas, en cierto sentido, forman parte del «Derecho» interno de la familia.

No hay inconveniente alguno en incluir a esas normas y a la forma en que los padres gobiernan la familia en la definición de Derecho. Pero si lo hacemos, el tema se vuelve inabordable. Dar este sentido al término *Derecho* implica abarcar toda la vida humana y reclasificar como jurídicas todas las clases de comportamientos. Ello no obstante, es bueno recordar que la palabra Derecho puede aplicarse a procesos de muchas clases, incluso a los que no son en absoluto formales y están apartados del sistema jurídico oficial. Lo que les asemeja al Derecho oficial es lo que señalaba Fuller: sujetan el comportamiento a las leyes.

Algunas normas son a la vez formales y oficiales (en el sentido de estatales). Ello es cierto, por ej., para cualquier ley aprobada por el Congreso. Hay otras normas que forman parte del Derecho pero que no están escritas; no son formales —se trata más de «costumbres» que de leyes estrictas—. El ejemplo del límite de velocidad nos viene al dedillo. La norma formal, oficial, fija el límite de velocidad a cincuenta y cinco millas por hora. Pero todo el mundo sabe que la norma «verdadera» —la que de hecho se aplica— se acerca más a las sesenta y cinco millas; en otras palabras, la policía no para a nadie que conduzca a cincuenta y ocho millas por hora, aunque técnicamente esté infringiendo la ley.

Si nos vamos al Derecho *privado* también hallaremos ejemplos de normas formales y no formales. Las comisiones de reclamaciones laborales se parecen a veces a los tribunales; tienen sus propios pro-

AMO - 209

cedimientos bastante elaborados y actúan como tribunales. También hay muchos otros procedimientos formales en otras grandes instituciones. No se puede expulsar a un estudiante universitario sin una especie de «juicio» o audiencia previa (si así lo pide). En algunas escuelas o universidades, los alumnos tienen derecho incluso a «apelar», por ej. de un suspenso en química orgánica y a que se revise la nota a un nivel superior. En caso de faltas graves —por ej., cuando se acusa a un alumno de copiar en un examen— tiene derecho, en cierto modo, a un proceso formal. Puede tener derecho incluso a hacerse asistir por un Abogado en la audiencia. Si es hallado «culpable», se le permitirá, además, apelar al Decano o al Rector de la Universidad. Y, sin embargo, todo lo relatado hasta aquí es estrictamente privado. El Estado no toma ninguna parte en ello.

Esto no significa, desde luego, que el sistema jurídico formal; oficial, no tenga nada que ver con el desarrollo de esos procedimientos. Más bien al contrario. Estos procedimientos internos surgen, históricamente, en parte, por la presión exterior; por ej., por las sentencias de los tribunales. El criterio favorable de los tribunales ha sido un factor esencial en la aplicación cada vez mayor del «proceso debido» en las escuelas. Por ej., en el caso *Goss C/López*[4], el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, el más alto Tribunal del país, dijo que no se podía expulsar temporalmente a un alumno de una Escuela secundaria sin alguna forma de audiencia previa, si la pedía.

Hay también en el país muchas otras clases de tribunales no oficiales. Algunos pertenecen a confesiones religiosas organizadas; los judíos ortodoxos, por ej., pueden llevar sus diferencias a un tribunal de rabinos. La iglesia Católica tiene un sistema jurídico desarrollado; el Derecho canónico. Los Tribunales eclesiásticos deciden, por ej., si un determinado matrimonio puede anularse o no. La decisión no obliga a los tribunales civiles ordinarios, pero es de la mayor importancia para un católico practicante, cuya religión prohibe el divorcio, y que quizás desea volver a casarse y seguir recibiendo las bendiciones de la Iglesia.

Leigh-Wai Doo nos ha descrito con mucho detalle una especie de tribunal muy particular: la «Chinese Consolidated Benevolent Association» de Nueva Inglaterra, que se ocupaba de las controversias que surgían dentro de la comunidad china. Veamos un ejemplo de como actúa este «tribunal». Cierto día de mucho trabajo en un Restaurante Chino, el chef pidió al propietario un aumento de sueldo de 25 dólares por semana. El dueño se negó. El chef, entonces, se despidió del trabajo. Días más tarde, mandó la cuenta de los atrasos de salario: más 25 dólares. El dueño, a su vez, exigión 500 dólares por daños y perjuicios. Ninguno de los dos pagó lo que el otro pedía.

Pasaron dos meses. El restaurante no encontraba un buen chef y sus beneficios empezaron a bajar. Mientras tanto, la «asociación» a la que pertenecía la familia del chef recurrió a la «Benevolent Association» en petición de sus salarios atrasados, negando que el restaurante, por su parte, tuviese derecho alguno a daños y perjuicios. La «Benevolent Association» consultó a la asociación de restaurantes y a los diversos clanes familiares; resultó que el restaurante estaba deseando que el chef volviera al trabajo y estaba dispuesto a concederle un aumento (de 10 dólares) si dejaba sus «malos modos». La «Benevolent Association» emprendió entonces la «tarea» de averiguar «si el chef quería volver al trabajo» y, en ese caso, si estaría dispuesto a «cambiar de conducta». «Estudiaron el carácter de ese hombre y la mejor forma de abordarlo». Después de una semana de «paciente persuasión y de presionarle en el sentido de que no encontraría trabajo si persistía en su excéntrica conducta», el chef aceptó.

Al fin la Asociación había logrado que ambas partes aceptaran una transacción. Las citó para que comparecieran en las oficinas de la Asociación. La conciliación duró dos horas. El chef pidió disculpas; el dueño le aumentó diez dólares por semana. «La conciliación terminó tomando el té juntos»[5].

Ni el tribunal de rabinos ni la «Chinese Consolidated Benevolent Association» tienen, en esta materia, poder alguno para ejecutar por la fuerza sus sentencias. No tienen autoridad para encerrar en la cárcel a un «litigante» u obligarle a pagar. Pero tienen fuerza moral, lo que no es poco. Pueden obligar a las personas que voluntariamente se les sometan. Por propia inclinación y también por carecer de suficiente poder disuasorio, estos «tribunales» se decantan claramente hacia el compromiso, hacia la consecución de la armonía, la conciliación y el acuerdo voluntario. En ese sentido, parecen menos jurídicos que los tribunales ordinarios. Pero no se alejan mucho de la forma en que algunos jueces proceden en caso de urgencia. Y se parecen mucho a los tribunales de las sociedades primarias, tal como han sido descritos por los antropólogos y otras personas.

Es posible también que tiendan a decaer en sociedades como la nuestra, que es tan fragmentaria y pluralista. Las viejas tradiciones tienen una larga vida, pero terminan por desaparecer. Evidentemente, los modos de resolver controversias descritos por Leigh-Wai Doo han perdido mucho peso en las comunidades chinas de los últimos

diez años. Pero es posible que las nuevas olas de inmigración las consoliden otra vez.

Hay un sinnúmero más de formas en que los americanos utilizan el Derecho no oficial (no estatal) y, sin embargo, formal. Todos los sindicatos y grupos profesionales —todas las instituciones, de la clase que sean— promulgan normas y tienen algún medio de ejecutarlas o de resolver las controversias. Las empresas suelen resolver sus diferencias con el arbitraje. Muy frecuentemente, cuando dos hombres de negocios contratan, suscriben un compromiso de arbitraje. Ello significa que si surge algún problema o diferencia, ambas partes acudirán a un arbitraje, quedando al margen de los tribunales. La contratación laboral (convenios colectivos) prevee también una forma típica de arbitraje. En otras palabras, las discusiones sobre el significado de los contratos y la aplicación de las leyes y otras parecidas, se resuelven por un tercero, por una persona aceptada por la patronal y los sindicatos. En algunas empresas e industrias existe un árbitro permanente; así sucede, por ej., en la U.S. Steel y la Ford Motor Company. Así resulta también del contrato entre la Major League Baseball Players' Association y los directivos de la principal federación de equipos de pelota-base. En otros tipos de contrato, las empresas eligen al árbitro caso por caso. El arbitraje es, en cierta forma, una especie de vía intermedia entre el Derecho oficial y el no oficial. Después de todo, el árbitro no es un juez profesional. Pero suele decir la última palabra, igual que un juez. Si un fabricante de jabón conviene con uno de sus proveedores someter sus disputas a arbitraje, ambos tendrán que respetar dicho acuerdo. Si los tribunales tienen que intervenir, obligarán a la parte perdedora a ejecutar lo que el árbitro haya decidido. En ese sentido, el arbitraje es una mezcla de aspectos públicos y privados.

Lo mismo sucede con las demás instituciones, empezando por la familia; necesita y acostumbra a legislar, y por ello también es práctica general y necesaria el respetar sus normas y despejar ambigüedades. De ahí que no deba sorprendernos que el arbitraje u otros procedimientos parecidos estén tan extendidos en la sociedad. Hay tal necesidad de medios de resolución de conflictos que los tribunales ordinarios no dan abasto o, si lo hacen, es a un precio demasiado alto. Podemos comparar los tribunales ordinarios con los restaurantes franceses de lujo en una sociedad que, como la nuestra, también necesita pedazos de pizza y comida rápida y económica tipo McDonald.

Hay en California un curioso sistema —híbrido entre público y

privado— de resolución de conflictos, al que se ha dado el sobrenombre de «jueces de alquiler»*. El sistema de «jueces de alquiler» se basa en una antigua ley estatal, más bien confusa, redescubierta y modernizada. En ese sistema de alquiler de jueces las partes en litigio rehuyen a menudo los tribunales ordinarios; contratan privadamente a sus propios jueces (auténticos jueces que han dejado el servicio) pero con todo el aparato y procedimiento de un proceso ordinario. El fallo se considera obligatorio para las partes[6].

En definitiva, los aspectos público y privado del Derecho actúan recíprocamente. No son totalmente independientes entre sí. Los alumnos gozan del derecho de audiencia en las Universidades, no porque éstas lo decidieran así, por su buen corazón, sino, en parte, porque fueron presionadas por procesos judiciales sobre los derechos de los estudiantes. También los laudos arbitrales pueden ser ejecutados por los tribunales. Existen también otras formas de influencia del medio público sobre el privado. Muchas de las reclamaciones por daños y perjuicios (los accidentes de coche, por ej.) se solucionan fuera de los tribunales; pero las partes negocian «a la sombra de la ley»[7]. Esto es, ambas partes saben que hay un sistema jurídico vigente en el país —que existen unas leyes y una doctrina sobre daños y perjuicios— y ellos o sus abogados conocen más o menos lo que sucederá si acuden a los tribunales. Esos conocimientos forman parte de sus negociaciones y las influencian, aún cuando los regateos y negociaciones sean estrictamente privados.

En lo analizado hasta ahora hemos distinguido cuatro formas posibles de Derecho. Hay un Derecho que es, a la vez, formal y público (una ley del Congreso, por ej.); un Derecho que es público (o estatal) pero no formal (las «verdaderas» normas sobre el límite de velocidad); un Derecho formal, pero privado (procedimiento de agravios) y un Derecho que es, a la vez, privado y no formal (normas internas familiares). También podemos distinguir entre procesos *legítimos* e *ilegítimos*. Normalmente no se considera ilegítimo a un sistema sólo por el hecho de ser privado o no formal; tampoco hay nada ilegítimo en los sistemas privados formales (como la misión de la Chinese Consolidated Benevolent Association o el expediente universitario por copiar en los exámenes).

La parte no formal del sistema *público* es una cuestión más compleja. Algunos de sus aspectos son ilegítimos, o claramente ilegales. Es un hecho característico del sistema jurídico americano —y

---

* N. T. En el original, «rent-a-judge».

del sistema jurídico de otros países modernos— el que no podamos decir, partiendo de la forma en que el sistema se describe en el papel, como realmente opera en la vida. En ocasiones aceptamos fácilmente la distancia que hay entre lo formal y la realidad. Las normas sobre velocidad nos pueden servir, una vez más, de ejemplo; no parece inquietarnos demasiado que el límite máximo de velocidad sea oficialmente de cincuenta y cinco millas y, en la realidad, sea algo mayor.

Otros casos son menos inocentes o no se asumen tan fácilmente. Se mueven en una especie de penumbra entre lo legal y lo ilegal. La prostitución, por ej., es ilegal en todas partes, excepto en ciertos condados de Nevada. Sin embargo, la policía y los funcionarios municipales suelen cerrar los ojos ante este «mal social» si se dan ciertas condiciones. Tiempo atrás, en muchas ciudades, la policía no solía cerrar las casas de prostitución siempre que estuvieran ubicadas en la zona del vicio, el llamado «distrito de las luces rojas». A veces, la policía llegaba a dictar normas para regular la prostitución, a pesar del hecho de que, propiamente hablando, tal actividad era completamente ilegal. En Chicago, por ej., el superintendente de policía dictó, en 1910, un código completo de normas: «No se permitirá ninguna casa de mala fama fuera del límite de determinados distritos o (...) entre dos manzanas en donde haya alguna escuela, iglesia, hospital o institución pública o en una línea de tranvías». No se permitía a las prostitutas de Chicago usar ropa transparente y las «casas de mala fama» debían tener doble puerta y no «puertas giratorias que permitieran (...) ver el interior desde la calle»[8].

En otras palabras, la prostitución estaba mitad dentro y mitad fuera de la ley. Oficialmente era ilegal, sin embargo, al mismo tiempo, era objeto de regulación por el mismo sistema jurídico que decretaba su ilegalidad. No era, ni es, un caso único. El «verdadero» Derecho sobre el juego, el divorcio, el aborto, la inmigración y muchas otras cuestiones es muy distinto del que debería ser y muchos aspectos del comportamiento humano, tales como la prostitución, están a la vez dentro y fuera del Derecho.

Hay otras formas de «justicia» que están completamente fuera de la legalidad. Es de esta naturaleza la justicia de las bandas de los bajos fondos o del crimen organizado. La justicia del mundo del crimen permanece oculta, operando sólo en ciertas esquinas lóbregas de la sociedad. Pero nuestra Historia está llena también de erupciones de Derecho no oficial o de «justicia popular», como se dice a

veces. Quizás el ejemplo más famoso es el llamado movimiento de los vigilantes.

En la historia americana, estos movimientos arrancan de mucho tiempo atrás. Hubo incluso casos en el período colonial; los llamados Reguladores de Carolina del Sur aparecieron en escena en 1767. Pero la edad de oro de los vigilantes fue la época posterior a 1850, en el Oeste. Los dos «Comités de Vigilancia» de San Francisco, que ya estaban en actividad en 1850, fueron particularmente famosos en sus días; pero hubo muchos otros grupos de vigilancia, en Montana, Colorado, Oregón, Nevada y Texas. Un estudioso llegó a contar al menos 326 movimientos de vigilantes y si los registros fuesen más completos, quizás se llegarían a contar 500. Los vigilantes administraban una «justicia» rápida, aunque a veces sangrienta, a los cuatreros, ladrones de ganado, forajidos y malhechores de todas clases. Se calcula que mataron a tiros o colgaron a más de 729 personas[9].

En su época, los vigilantes fueron, a menudo, motivo de controversia. Fueron criticados por los defensores del Derecho y el orden ortodoxos. Mucha gente, sin embargo —quizás la mayoría— era del parecer de que los vigilantes realizaban un servicio público; de que en las duras ciudades sin ley del Oeste no existía una verdadera alternativa a la justicia de los vigilantes. En 1864 el más alto magistrado del Territorio de Montana —al que cabría suponer defensor del orden o, al menos, de la Ley— los ensalzaba como auténticos «tribunales del pueblo». Eran, según decía, absolutamente necesarios.

Los «tribunales populares» —organizaciones privadas que rivalizan con el sistema oficial— surgen (como suele decirse) de un «vacío» de poder. Ello significa a menudo que hay grupos que piensan que el Derecho oficial es demasiado débil o ha caído en malas manos. En 1872, por ej., los comerciantes de Dodge City, Kansas, se hallaban tan apesadumbrados por la falta de ley y orden, que contrataron a un jefe de policía no oficial, le dieron una insignia y le dejaron las manos libres. En 1973 los comerciantes formaron un comité de vigilancia que empezó sus tareas matando a dos hombres en una sala de baile y expulsando de la ciudad a cinco más. El propio comité se convirtió, poco después, en un desorden tan nefasto que tuvo que ser disuelto por la fuerza[10].

Los vigilantes históricos han desaparecido, existen asociaciones de vecinos que se llaman a sí mismas vigilantes (o «neovigilantes»). Estos grupos patrullan las calles de la ciudad y vigilan sus barrios, porque estiman que la verdadera policía no cumple su cometido. Richard Maxwell Brown menciona algunos ejemplos posteriores al

año 1960: los «deacons for Defense and Justice» (una organización negra); los «Maccabees of Crown Heights», de Brooklyn (judíos en su mayoría) y los «North Ward Citizens' Comittee of Newark», Nueva Jersey (italianos en su mayoría)[11].

En el viejo Oeste, los vigilantes explicaban su conducta y se justificaban de varias maneras. La justificación era más fácil allí donde el propio «Derecho» estaba corrompido: donde el Sheriff, por ej., formaba parte de una banda de cuatreros. Los llamados «White Caps» representan otra vertiente de los vigilantes. El movimiento «White Cap» empezó en Indiana del Sur en 1887 y se extendió por Ohio, Nueva York y por otros estados tan lejanos como Texas. Era «un movimiento violento de defensa de la moral por bandas de hombres enmascarados». Los «White Caps» solían «castigar con el látigo»; sus víctimas eran «los que pegaban a sus esposas, los borrachos, los tenderos poco honrados, los individuos y las parejas inmorales, los vagos y perezosos y los ladronzuelos de barrio»[12].

La mayoría de estas pequeñas fechorías no llegaban a ser delito y si lo eran, la Ley las castigaba muy levemente. Durante todo el siglo diecinueve estallaron alborotos callejeros contra la inmoralidad: en Detroit, por ej., entre 1855 y 1859 «una muchedumbre encolerizada hizo sentir su furia en todos los burdeles de la ciudad». Se destruyeron o dañaron setenta burdeles[13]. También en otras ciudades ocurrieron incidentes parecidos.

En aquel entonces, la «justicia popular» tomaba muchas formas. A un extremo de la escala estaban los jueces y jurados autoconstituidos que procuraban imitar los procesos legales ordinarios, incluso hasta el punto de celebrar «juicios». Al otro extremo, la justicia popular degeneraba en furia ciega, alborotos y «derecho» de linchamiento. Algunos de los más siniestros episodios aparecieron allí donde los grupos sociales (o parte de los grupos sociales) creyeron que ya no podían confiar en el «Derecho» porque era excesivamente escrupuloso o (desde nuestro punto de vista) demasiado ético.

El conocido Ku Klux Klan surgió en el Sur, después de la Guerra Civil; las tropas federales ocuparon los Estados del Sur y los Gobiernos estatales no querían o no podían permitir que los blancos aterrorizasen abiertamente a los negros. El Klan se encargó de este trabajo. En los años 1870, cuando se marcharon las tropas federales, la supremacía blanca ocupó el poder en la mayoría de los Estados del Sur. Estos Gobiernos desarrollaron otros métodos para dominar a la población negra. Algunos de estos métodos eran más jurídicos. Por ejemplo, los impuestos sobre el voto y los tests sobre la capacidad de

leer y escribir mantenían a los negros fuera de las urnas. Otros métodos, sin embargo, eran incluso más salvajes y violentos que los del Klan; por ej., la aparición en los años 1890 del «derecho de linchamiento». En el Sur se colgó a centenares de negros por infringir el código sureño; se les sacaba a rastras de sus celdas carcelarias o de sus hogares y la muchedumbre los mataba con escarnio. El Klan resurgió en los años 1920 y todavía tuvo una tercera aparición después del caso *Brown c/ el Departamento de Educación* (1954) cuando, una vez más, la costumbre local de los blancos entró en conflicto con las órdenes tajantes del exterior para suprimir la segregación en las escuelas y en las instituciones públicas. Esta vez, sin embargo, el poder federal no dio marcha atrás y, en nuestros días, el Klan es un grupo mucho más débil, al margen de la sociedad.

El rasgo principal de la historia de los vigilantes es menos sangriento y marginal que su hermano bastardo, el «derecho de linchamiento». Los cabecillas de los grupos de vigilantes del Oeste no eran, en modo alguno, asesinos. Sus jefes solían ser respetables ciudadanos. Fue el mundillo del comercio el que organizó el grupo en Dodge City. Los propios jefes de los vigilantes eran o llegarían a ser los presidentes de los bancos o, en un par de casos, incluso senadores de los Estados Unidos. Pocas personas defenderían hoy en día el derecho de linchamiento, pero lo cierto es que hay un fuerte clamor en favor de la simplicidad y la rapidez de la «justicia popular». Hay situaciones de frustración y rabia —generalmente en crímenes callejeros— que llevan a la gente a pensar que está justificado tomarse la justicia y el orden por su mano. Hay un buen número de películas y libros cuyo héroe es un personaje que «se toma la justicia por su mano». La frase da que pensar. Significa que —como hicieron los vigilantes—, el vengador privado no surge para negar la ley, sino para hacerla realidad. Si ello se ha conseguido o llegó a conseguirse en el pasado es ya otra cuestión.

La justicia penal se ha vuelto cada vez más profesionalizada. En el siglo dieciocho no había fuerzas de policía organizadas; ni F.B.I., ni agentes de policía ni ciencia policial. El papel y el poder del jurado (un grupo de doce profanos) eran mayores que en nuestros días. Las hazañas del populacho eran un hecho de la vida diaria. La palabra «populacho» suena a antijurídico, pero a menudo sólo una pequeña línea separaba la actividad del populacho de la acción legítima y pública. La comunidad, normalmente, se disponía a capturar ladrones cuando sonaba la alarma. Un juez de paz podía formar un destacamento —esto es, un grupo de ciudadanos privados, fuertes y

decididos— para ayudar al sheriff[14]. Este sistema perduró en el Oeste americano. El destacamento del sheriff es algo familiar a cualquier aficionado a las películas del Oeste. Fue en la misma región del Oeste, desde luego, donde florecieron los vigilantes. Hacia finales del siglo diecinueve todas las ciudades del Este tenían fuerzas de policía y la justicia penal se profesionalizaba rápidamente. Y, sin embargo, en el largo recorrido de la justicia penal, una de sus tendencias más importantes se ha dado en dirección opuesta; es decir, alejarse de los profanos y acercarse a los juristas profesionales.

Existen, a veces, gobiernos que, propiamente hablando, no tienen base jurídica alguna; son, en cierto sentido, ilegales. La historia o la guerra son sus jueces postreros. Por ello, cuando Grant aplastó al ejército del Sur, lo primero que hizo fue barrer al Gobierno y al sistema jurídico de la Confederación. Por otra parte, existen otros «gobiernos» que surgen para llenar un vacío de poder y de Derecho. Ello sucedió a menudo en el Oeste, por ej., entre los Mormones de Utah, antes de la organización del gobierno regional. Desde el punto de vista de los Estados Unidos no había un estado de Derecho en Utah; de hecho, los jefes de la iglesia Mormona ejercían un control duro y efectivo. Pero el «gobierno» en Utah, en la práctica, no se diferenciaba de un gobierno legítimo.

Hay ejemplos que se acercan al caso límite. En la frontera americana se crearon a menudo «clubs de concesionarios» para defender sus intereses contra los «desposeedores de concesiones» (para defenderse entre sí). Hubo, en otras partes del país, grupos de mineros que establecieron sus propios códigos de «costumbres». Los clubs de concesionarios eran necesarios porque, propiamente hablando, no era legal ninguna de las concesiones. Los colonos eran usurpadores de las tierras de dominio público. Diversas leyes del Congreso que, arrancan desde el año 1796, preveían una forma legal para disponer de las tierras de dominio público. Primero había que levantar un plano del terreno; luego, el presidente podía anunciar que las tierras estaban dispuestas para la venta. La venta de los lotes de tierras se llevaba cabo en las oficinas inmobiliarias locales. Antes del día de la subasta, sólo el gobierno era el propietario de las tierras y nadie estaba autorizado a tomar posesión de ellas.

Esta era «la ley», pero se infringía de forma generalizada. Cientos de miles de personas se apelotonaban en tierras de dominio público. Construían casas y granjas mucho antes de que esas tierras les fuesen vendidas oficialmente. Desde su propio punto de vista, los

colonizadores, tenían perfecto derecho a las tierras que habían ganado con su sudor durante tantos años. Pero en términos legales se hallaban en un vacío. Por esto se agrupaban, dictaban leyes y códigos para regular sus derechos y formaban sus propios gobiernos. Sus métodos no siempre eran suaves y amables y el trato que daban a los forasteros era, a veces, duro. Estas organizaciones de colonos usurpadores fueron, sin embargo, un ejemplo más de un sucedáneo jurídico surgido entre las grietas y resquebrajaduras de la sociedad[15].

El nacimiento del Derecho Formal

Ninguno de los sistemas jurídicos de los países desarrollados puede ser totalmente formal o informal. Son, invariablemente, una mezcla de ambos. El Derecho estatal es, generalmente, (aunque no siempre) formal, modelado, estructurado, basado en los textos escritos, en las instituciones normales y en los procedimientos. El Derecho no estatal es, normalmente, mucho menos formal, pero tanto los códigos oficiales como los no oficiales son una mezcla de ambos. ¿Cómo se explica que unas partes del sistema jurídico sean altamente formales, otras mucho menos y algunas sean completamente libres e informales?

Podemos empezar diciendo que hay una cuestión obvia: históricamente hablando, lo informal aparece antes. Las sociedades más simples, que probablemente tienen mayor parecido que las urbanas a las antiguas sociedades humanas, tienen sistemas jurídicos preponderamente informales. Al parecer, lo formal toma el relevo cuando un sistema informal, por una u otra razón, ya no funciona. En las pequeñas sociedades —aquellas en que la mayor parte de las relaciones tienen lugar cara a cara— puede no necesitarse en absoluto un sistema jurídico formal. No hay mucha gente que infrinja las normas. La costumbre es Ley. La opinión pública —lo que puedan pensar los amigos, parientes y vecinos— es una fuerza poderosa, un fuerte medio de presión. Las personas hacen lo que las normas sociales les dicen que tienen que hacer, no porque sean ángeles, sino porque sus parientes y vecinos les pueden imponer un «castigo» terrible. De hecho, estas sociedades prescinden incluso de cualquier método organizado de aplicación de la fuerza pública a los que infringen la ley. En otras palabras, muchas de esas sociedades sencillas carecen de tribunales, de jueces o de policía. Pueden arreglárselas sin ellos.

Un caso extremo es el de la comunidad de Tristán da Cunha; una manchita de tierra solitaria, aislada y árida, en medio del Atlántico Sur. Unos pocos centenares de personas viven allí; cultivan patatas y pescan. Un equipo de estudiosos visitó la isla en los años treinta para observar a los animales, los pájaros y el comportamiento social. Los sociólogos del equipo se quedaron sorprendidos al ver cuan «cumplidores de la ley» eran las personas que vivían en un lugar en donde no había nada parecido al Derecho, tal y como lo entendemos. Nadie se acordaba de cuando hubiera podido cometerse un delito importante en la isla. No había ningún elemento del ropaje habitual de la jurisdicción penal; ni policía, ni tribunales ni jueces ni prisiones. Nadie los necesitaba.

¿Qué fue lo que inspiró este modelo de comportamiento a la gente de la isla? Se nos ocurre una respuesta rápida: los isleños no podían escoger. Estaban atrapados en su isla, sin ninguna posibilidad de escapar. Dependían totalmente los unos de los otros para la ayuda mutua y la vida social. La vida en la isla era completamente «transparente»; todos en la isla estaban inexorablemente expuestos a los «vigilantes ojos de Argos y de la comunidad». En circunstancias como éstas las normas informales son, precisamente, demasiado poderosas para poder ser desobedecidas[16].

Evidentemente, en un sentido amplio, había Derecho en la isla, y mucho. Estaban las normas de conducta, y la gente las cumplía. Estas normas se apoyaban en verdaderas sanciones. La cárcel, la multa, el látigo y la horca no son las únicas formas en que la sociedad castiga a las personas. La burla, la vergüenza o el reproche abierto también son métodos de castigo. Pueden ser, a su manera, terriblemente duros. Tan duros que en Tristán da Cunha aquella comunidad nunca necesitó ni tribunales ni policía ni cárcel.

También existen formas parecidas de castigo en otras pequeñas comunidades en las que la gente vive cara a cara. Algunas nos resultan bastante familiares por nuestro propio pasado jurídico. En el período colonial americano, Massachusetts Bay y otras colonias obligaban a determinados delincuentes a sentarse con el cepo puesto donde todo el mundo que pasara pudiera verles. El sentarse con el cepo puesto no era físicamente doloroso, pero la persona en cuestión quedaba expuesta al escarnio y a la vergüenza pública. El látigo era otra forma común de castigo. Era, indudablemente, doloroso para el cuerpo, pero también causaba un dolor psíquico. El látigo se utilizaba siempre en público, ante los ojos de toda la comunidad.

Pero no es preciso ir a islas lejanas o remontarse al tiempo pasado para hallar ejemplos del proceso que describimos. Ocurre cada día; también en la época presente. Podemos verlo en las escuelas, en la vida de familia, en los clubs y en todas partes en donde haya grupos pequeños. En el ejército, el sargento instructor castiga al torpe recluta abroncándole y exponiéndole al ridículo. En la película «The Paper Chase», el profesor de la Facultad de Derecho utiliza el ridículo y el sarcasmo para castigar a un alumno poco preparado o que no comprende la lección. Los padres y maestros de escuela poseen un amplio repertorio de resortes astuciosos para provocar la vergüenza, la burla y el sentimiento de culpa.

Es igualmente claro que cuanto mayor, más compleja y más «avanzada» es una sociedad, menos puede confiar plenamente en las sanciones informales. Socialmente hablando, los Estados Unidos están lo más lejos que pueda imaginarse de Tristán da Cunha. Vivimos en contacto personal con amigos y parientes, pero al mismo tiempo, estamos en diario contacto con personas que nos son extrañas; utilizamos productos y procedimientos hechos y presentados por extraños. Tenemos que tratar constantemente con gente que no conocemos; en la calle, en el trabajo, en bancos, hospitales y en oficinas de la Administración. Los alimentos que consumimos nos llegan preparados desde industrias lejanas y manos desconocidas tejen la ropa que usamos. Gente que nunca llegamos a ver manufactura y fabrica los bienes que necesitamos para vivir, usando procedimientos que no comprendemos. Cuando viajamos en avión, en tren, en taxi o en autobús ponemos nuestras vidas en manos de desconocidos.

Estos son los hechos reales. Sus consecuencias son tremendas. Es muy escaso el control que, individualmente, podemos ejercer sobre estos desconocidos que, en cambio, nos pueden resultar de vital importancia. Cuando abrimos una lata de sopa en conserva y nos la comemos, ¿quién nos asegura que la sopa está en buen estado? La salubridad está fuera de nuestro control y, desde luego, de nuestros conocimientos. Tampoco podemos confiar en normas informales o en la presión pública como garantía de que la sopa no es tóxica, de que es alimenticia y de que está en buenas condiciones. Queremos algo con más fuerza y que inspire mayor confianza que la costumbre; algo que tenga fuerza y poder independientes. En pocas palabras, necesitamos el Derecho. De ahí que, en sociedades como la nuestra —compleja e interdependiente— exista una enorme demanda —una necesidad— de un control formal que provenga de alguna manera de un Estado organizado.

Pero no dependemos exclusivamente de desconocidos. Incluso en una gran sociedad impersonal como la nuestra, tenemos familia, amigos y fuertes lazos que nos unen con personas y lugares. Incluso en una megasociedad como ésta pasamos gran parte de nuestra vida en grupos minúsculos. La gran sociedad se compone de pequeñas moléculas de gente. Cada uno de nosotros tenemos alguna parcela o esfera personal; nuestra propia isla de Tristán da Cunha. En el interior de nuestros pequeños grupos todavía rigen las normas informales. Pero la mayoría de nosotros —ahí está la diferencia vital— podemos escapar de la isla. En Tristán da Cunha sólo llega un barco al año. Nosotros podemos coger el barco cada día, cada hora, cada minuto. En un sentido amplio, tenemos la posibilidad de cambiar de trabajo, de ciudad, de familia y, si así lo queremos también, hasta cierto punto, podemos cambiar de vida. Quizás seamos prisioneros de nuestro carácter, de nuestras condiciones de vida, de las tradiciones. Pero en comparación con la gente de otro tipo de sociedad, nosotros disponemos de muchas puertas abiertas para la huida.

Ello implica que las normas informales sólo tienen fuerza si se la queremos dar; si aceptamos, en cierto modo, que deben conservar su plena vigencia. Los lazos psicológicos, evidentemente, pueden ser, y son a menudo, tremendamente poderosos. Sin embargo, si respetamos el mundo de lo informal es, en cierto modo, debido a un *acuerdo;* es decir, a un consenso sobre las propias normas o sobre la autoridad de quien impone los modelos de conducta y dicta las reglas. Los chinos de Norteamérica no estaban obligados a respetar las reglas de su «Benevolent Association». Podían huir de la isla, por así decir. Tienden a huir cada vez más, especialmente las generaciones más jóvenes. Si permanecen en su isla es porque, hasta cierto punto, así lo desean o se sienten obligados a ello por razones íntimas. Pero en la sociedad norteamericana se fue debilitando cada vez más el consenso sobre las normas tradicionales y el respeto a su autoridad no formal. Fue en este momento cuando hizo su aparición el Derecho formal, que llegó a penetrar incluso en el interior de las comunidades más cerradas.

Podemos ilustrar este punto observando como el Derecho ha penetrado en las escuelas americanas. Tiempo atrás, las escuelas eran sitios en donde los niños aprendían a leer y a escribir; estudiaban matemáticas y aprendían, también, a obedecer las normas. Estas, en su mayoría, eran normas no formales: el maestro se hacía cargo de la clase; el Director, de la escuela y el Comité de Educación, del distrito. Sólo en muy contadas ocasiones algún padre o alumno cuestionaba el buen funcionamiento de la escuela. Pero, en estos casos, tales denuncias solían terminar en fracaso. Hasta muy entrado el siglo XX nadie había oido hablar nunca de algo semejante a un «código de leyes sobre la forma de vestir». Todo el mundo sabía, más o menos, como había que vestirse y presentarse en la escuela; como había que comportarse, etc. En cualquier caso, los padres (y también sus hijos) se hacían perfecto cargo de que era el Profesor quien mandaba en la clase y de que, en ese tipo de asuntos, el Profesor o el Director, tenían la última palabra. No había normas escritas, ni procedimientos, ni recursos de apelación.

Este práctico sistema dejó de funcionar a finales de los años sesenta. Las formas de vestir y de comportarse habían cambiado en poco tiempo. Para los chicos se puso de moda llevar el pelo largo lo cual, por otra parte, también se convirtió en un símbolo de rebeldía. Por lo menos, algunos muchachos así lo entendían y en ello coincidían también profesores y directores. Como ya no servían las normas informales, las escuelas recurrieron a lo formal; al «código de normas de vestir». Según las normas de la Williams Bay High School (Wisconsin) —que, por cierto, terminaron en los tribunales— el pelo debía llevarse «de forma que, por la espalda, no sobrepasase el cuello de la camisa y, a los lados, por encima de las orejas y recortado por encima de las cejas. La barba, el bigote y las patillas largas estaban también prohibidos[17].

Muchas otras escuelas tenían normas parecidas. Pero no necesariamente se cumplían. En cierto número de distritos escolares los muchachos de los institutos se negaron a cortarse el pelo por lo que se les mandó a sus casas, castigados e incluso expulsados de la escuela. ya se había perdido el consenso general y la auténtica aceptación de la autoridad misma. La mayoría de padres y alumnos acataban las normas, pero una importante minoría de ellos, no. Se negaban a aceptar la idea de que la escuela, tuviese derecho a dictar normas sobre la forma de llevar el pelo. En unos cuantos casos más graves, algunos padres y alumnos se sintieron lo suficientemente motivados por esta cuestión como para acudir a los tribunales; y escuelas como la Williams Bay High School se vieron obligadas, quizás con gran asombro, a tener que defender ante un juez federal sus normas sobre la forma de vestir y de llevar el pelo. En los tribunales federales hubo no menos de ochenta y seis pleitos, sólo por la longitud del pelo. Las escuelas se hallaron frente a un dilema. El consenso se estaba desin-

tegrando y el resultado era la polémica, el desacuerdo y el desmoronamiento.

Una de las soluciones era claudicar; otra, era seguir la vía de lo formal. Las propias normas de vestir habían representado un paso dado en esta última dirección. Al menos, los padres y los alumnos sabrían lo que se exigía de ellos. Así, también las escuelas implantaron procedimientos formales para hacer frente a las disputas sobre «los derechos de los alumnos». Surgió una rama jurídica totalmente nueva. Nadie, en el siglo diecinueve, había oído nunca hablar de «los derechos de los alumnos» como de una categoría litigiosa o como un problema del Derecho y de la sociedad. Los nuevos procedimientos se extendieron a otras instituciones, por ej., a la Universidad. El modelo general de desarrollo fue más o menos el mismo. Antiguamente la palabra del profesor era ley en la clase. Hacia los años 1970 esto dejó de ser totalmente cierto. Ahora la *ley* era el Derecho. En muchas Universidades y escuelas, los alumnos tenían el derecho de poner en tela de juicio al profesor, incluso por el acto más personal y sacrosanto del profesor: las notas del curso. No es que hubiera muchos alumnos que hicieran uso de esta facultad. Pero ya existía el procedimiento y la posibilidad de hacerlo por si alguien quería.

De ese relato puede sacarse un principio general bastante claro: las normas informales son inútiles ante una situación conflictiva. Esta frase es, ciertamente, casi una tautología; es casi como decir que A es igual a A. Es probable que en una situación conflictiva cualquier sociedad o subgrupo abandone las normas informales —sencillamente, porque no funcionan— y vaya en busca de un sistema más complejo, más formal, para tratar los problemas que se presenten. Surgen nuevos procedimientos. Se genera nuevo Derecho y sus armas pesadas apuntan hacia cotas más formales. Pasaron ya los días inocentes del consenso. El profesor que imponía su voluntad soberana en la escuela es ya un fantasma del pasado. Ha sido sustituido por profesionales, por una enorme burocracia escolar; por una densa maleza de reglamentos y procedimientos. Hasta cierto punto, eso es absolutamente inevitable. La misma dimensión y diversidad de las formas de pensar así lo impone.

Ya tenemos pues, al menos, una respuesta preliminar al problema planteado a lo largo de este libro: ¿Porque hay tanto «Derecho» en este país; tanto «procedimiento», tanto «proceso debido», tanta «legalización»? La sociedad, al igual que la naturaleza, odia el vacío. Y la desintegración del consenso —la decadencia de la autoridad— como ciertamente ocurre en una sociedad abierta, plural

y en expansión, *crea* un vacío. En este punto, interviene el Derecho (en su aspecto formal). Ello nos puede ayudar a resolver otro problema: el de si las tendencias que observamos continuarán en el futuro decreciendo o desapareciendo o aumentarán y se fortalecerán. Ignoramos, desde luego, la respuesta, pero sabemos, al menos, hacia donde buscar en la vida de cada día y que barómetros o indicadores debemos consultar.

3

Los orígenes del Derecho Norteamericano

EL PRESENTE LIBRO trata del Derecho norteamericano de nuestros días. Pero los sistemas jurídicos tienen un pasado, una historia y una tradición. Para comprender cómo es el Derecho norteamericano es conveniente saber de dónde viene y cómo se ha desarrollado hasta tomar su forma actual. El presente capítulo resume brevemente los orígenes históricos de nuestro Derecho.

Los comienzos: El periodo colonial

A principios del siglo diecisiete, lo que hoy constituye el territorio de los Estados Unidos estaba poblado por gente de habla inglesa. Sus asentamientos se extendían a lo largo de la costa oriental del país. Los puritanos echaron raíces en tierras de Nueva Inglaterra; los cuáqueros se establecieron en Pennsylvania; los católicos ingleses colonizaron Maryland. Hubo también unos primitivos asentamientos en lo que hoy es Virginia y las Carolinas.

Los ingleses no fueron, desde luego, los únicos en la carrera colonizadora del Nuevo Mundo. Los españoles y portugueses dominaban lo que hoy es la América Latina y las islas del Caribe. La bandera española ondeaba en lo que hoy es Florida. España también poseía territorios en los desiertos del lejano Oeste y a lo largo de la costa occidental. Los holandeses se establecieron en Nueva York para ser desalojados por los ingleses antes del año 1700. La lengua holandesa y algunos pequeños fragmentos del Derecho Holandés pervivieron en Nueva York durante un periodo bastante considerable.

Quedan, quizás, algunos fragmentos de Derecho Holandés más allá de los límites de Nueva York. El cargo de Fiscal del Distrito puede haberse originado en las áreas de habla holandesa. Es discutible. Pero nadie discute la pervivencia de partes importantes del Derecho español y del Derecho Civil, en general, en los vastos territorios que una vez fueron de dominio español. Debemos mencionar también a otro superviviente: el Derecho indígena de las tribus nativas. Las leyes y costumbres de los indígenas americanos tienen todavía, a veces, cierta importancia en sus reservas diseminadas por el país.

Pero todo esto son excepciones. El principal elemento histórico del Derecho norteamericano viene de una sola fuente: esta fuente es Inglaterra. Ningún otro cuerpo jurídico tuvo realmente oportunidad alguna, como ninguna otra lengua, excepto el inglés, podía pretender establecerse. Por medio de los ingleses, el sistema del «common law» —con sus costumbres, tolerancia y formas de pensar— cruzó el Atlántico y echó raíces en este país.

Los libros de Historia del Derecho suelen hablar de «el» periodo colonial, pero ello puede conducirnos, en parte, a error. Depués de todo, pasaron más de 150 años entre la llegada de los colonos a Plymouth Rock y el estallido de la Revolución. Es un periodo tan largo como el que va desde 1834 a 1984; intérvalo lleno de un cambio social tremendo. El periodo colonial no fue ni tan turbulento ni tan cambiante, pero fue largo y, estructuralmente, muy complejo. Hubo, por ej., colonias de características muy diversas: colonias con una personalidad tan distinta como New Hampshire y Georgia. Los asentamientos se ensartaban, como las cuentas de un rosario, a lo largo de la estrecha franja costera. Entre ellos las comunicaciones eran raras. Las comunicaciones con la metrópoli lo eran más todavía. El inmenso y turbulento océano separaba a las colonias de Inglaterra. Este es un hecho de vital importancia. En teoría, los ingleses tenían el pleno control de las colonias y sus pobladores eran súbditos del rey. De hecho, los ingleses sólo tenían un débil control sobre sus lejanos hijos. Los ingleses estaban demasiado lejos para ser verdaderos tiranos, aun cuando pretendieran serlo. Tampoco tuvieron (al menos al principio) una política imperial coherente; un claro designio de cómo gobernar esas lejanas tierras. Por lo tanto las colonias (o la mayoría de ellas) fueron virtualmente independientes durante la mayor parte de su historia.

Podemos dividir a las colonias en tres grupos bastante homogéneos. Las colonias del Norte —Massachusetts, New Hampshire, Connecticut— que fueron, desde el punto de vista de la influencia

del Derecho inglés, las más alejadas. Las Colonias del grupo central —Nueva York, Nueva Jersey, Pennsylvania y Delaware— estaban a medio camino entre el Norte y el Sur, tanto jurídica como geográficamente. Las colonias del Sur fueron las más conservadoras, en Derecho y en cultura jurídica. Permanecieron más cerca de los modelos ingleses.

Estas diferencias entre colonias no eran, desde luego, accidentales. La futura Nueva Inglaterra y los cuáqueros de Pennsylvania anduvieron, deliberadamente, por caminos nuevos que no hubieran sido válidos en Virginia o las Carolinas. También el clima y las características territoriales ejercieron su influencia. En el Sur, los inviernos suaves permitían una agricultura distinta, organizada según el sistema de plantaciones. La esclavitud de la población negra era otro aspecto chocante de la vida en el Sur. Los primeros esclavos africanos llegaron a Virginia y a las demás colonias del Sur en la primera mitad del siglo diecisiete. En la época de la Revolución, los esclavos representaban el 40% de la población de Virginia.

No había negros en Inglaterra, ni nada semejante a la esclavitud existía en el Derecho inglés. El Derecho de esclavitud fue un invento americano, tejido con distintos hilos, poderosamente influenciado por un fuerte sentimiento de raza y mezclado con costumbres laborales de las Indias Occidentales y de las Colonias del Sur. También había esclavitud en las colonias del Norte; en Nueva York, más del 10% de la población eran esclavos. Incluso había esclavos en Massachusetts y New Hampshire. Pero la esclavitud no dominó nunca el sistema de trabajo del Norte como lo hizo en el Sur. Los esclavos de Nueva York, por ej. «no trabajaban en grupos sino, sobre todo, como sirvientes domésticos»[1].

Por el contrario, en el Norte había millares de «sirvientes contratados». La servidumbre contratada era una especie de esclavitud temporal. Los contratos eran documentos escritos —contratos de trabajo, en cierta forma— que estipulaban las condiciones y la duración del trabajo. Un sirviente contratado se comprometía a servir a su patrono por un determinado periodo de tiempo; siete años era lo más frecuente. El sirviente no percibía salario. Mientras duraba el contrato, el patrono tenía derecho a vender al sirviente, o (más exactamente) podía venderse el derecho a obtener el trabajo del sirviente por el tiempo que faltase hasta la extinción del contrato. El sirviente no podía intervenir en este proceso, si bien algunas colonias intentaban evitar los abusos. Cuando había terminado el plazo, el sirviente, contrariamente al esclavo, quedaba completamente libre. Según la costumbre y el Derecho, el sirviente no se iba con las manos vacías; tenía derecho a «la paga de liberación». Al principio, por ej. en Maryland, esta paga consistía en ropa, un sombrero, un hacha, una azada, tres barriles de maíz y (hasta 1663) cincuenta acres de tierra. Posteriormente, la ropa, los productos alimenticios y el dinero fue lo más frecuentemente usado como paga («Maíz, ropa y paga»)[2].

Mucho se ha investigado acerca del sistema jurídico colonial. La mayor parte de estos trabajos se refieren a las colonias del Norte, especialmente a Massachusetts. Realmente, el sistema jurídico de Massachusetts Bay (tal como se llamaba la colonia) es de un interés extraordinario. Se apartaba enormemente del Derecho inglés o, al menos, del Derecho inglés que regía en los tribunales de Londres. De hecho, el Derecho de Massachusetts parece tan distinto del Derecho inglés que los estudiosos discuten si debe o no considerarse en absoluto como parte de la familia del «common law».

Estas ideas nos parecen, ahora, un poco insensatas. Fuera de algunas raras costumbres y formas de hablar, el Derecho de las colonias estaba fuertemente enraizado en el Derecho y la práctica jurídica inglesa. Algunas de sus peculiaridades desaparecieron puesto que los primeros colonos no eran juristas ni miembros de la pequeña aristocracia rural inglesa. El derecho que trajeron consigo, al principio, no era el Derecho de los grandes tribunales, sino el Derecho local; las costumbres de sus comunidades[3]. Podríamos llamarlo «Derecho popular consuetudinario». Era, naturalmente, diferente del Derecho estricto, oficial. Sus elementos clave eran ingleses; después de todo, ¿qué otra cosa conocían los colonos? En otras palabras, su Derecho era una especie de hijo criollo o indígena del «common law».

Los detalles del Derecho colonial son confusos y complicados, pero su naturaleza esencial es fácilmente comprensible. Imaginemos a un grupo de estudiantes americanos que naufragan, van a parar a una isla desierta y necesitan organizar una nueva sociedad. Crearán alguna forma rústica de gobierno y algo parecido a un sistema jurídico. Será muy distinto del que dejaron atrás. Por ej. muchos aspectos del anterior régimen jurídico resultarán irrelevantes. Por otra parte, los «colonos» tendrán que crear nuevas leyes; normas sobre la colocación de centinelas en las colinas; sobre la señalización del paso de embarcaciones; sobre el reparto del pescado y los moluscos que cojan del agua y así sucesivamente. Los nuevos pobladores de la isla reproducirán lo que recuerden del Derecho americano y lo que pueda serles útil en su nueva vida y comunidad. También la ideología jugará su papel. Puede cambiar mucho según quienes sean los estu-

diantes; según si los que se refugian en la isla son un grupo de jóvenes liberales o de jóvenes socialistas; de qué parte del país proceden cuál sea su religión.

El Derecho colonial se parecía un poco al sistema jurídico creado por náufragos abandonados. También estaba compuesto por tres elementos: el Derecho popular consuetudinario, el nuevo Derecho surgido de las necesidades materiales de la vida en el nuevo país y los elementos jurídicos modulados por la ideología de los pobladores. (Por ej. el puritanismo en Massachusetts). Si leemos «*Derecho y libertades en Massachusetts*», uno de los libros más antiguos de Derecho colonial (1648), hallaremos diversos ejemplos de estos tres elementos. Para empezar, encontraremos toda suerte de referencias a juicios y jueces; a documentos parecidos a testamentos; al sistema de propiedad privada; todos traídos de Inglaterra como parte del bagaje de recuerdos y costumbres que no ofrecen prácticamente duda alguna.

Por otra parte, la vida en parajes furiosamente salvajes precisaba de disposiciones muy distintas de las de la Inglaterra de los Eduardos. Por ej., había normas prohibiendo vender o porporcionar «a los indios... fusil... pólvora, bala o plomo alguno... ni armas militares o armaduras», norma que, desde luego, no tenía equivalente en Inglaterra. La ideología era también importante; se trataba de una comunidad dominada por hombres de severa religiosidad. Había leyes contra los Jesuítas, los Anabaptistas y las brujas («cualquier hombre o mujer... que... tenga o tome consejo en algún espíritu familiar» habrá de ser severamente castigado). También había leyes contra los herejes (esos que «van de aquí para allá subvirtiendo y destruyendo la Fe cristiana y la Religión; lanzando o defendiendo herejías condenables»).

El Derecho de Massachusetts era, forzosamente, más sencillo que el Derecho general de Inglaterra. Estaba despojado, en su mayor parte, de viejos tecnicismos; estaba perfilado y adaptado para que resultara más fácil de manejar. El Derecho inglés del 1600 era un laberinto inextrincable de tecnicismos. Su lenta evolución propició que se hubiese convertido en una densa textura de divisiones irracionales y superpuestas; una amalgama que se había desarrollado durante cientos de años. Sólo unos pocos juristas podían pretender siquiera comprenderlo en su totalidad. Los colonos, aún de haberlo intentado, no hubieran tenido manera de reproducir exactamente esta clase de sistema. En cierto modo, una colonia es siempre un empezar de nuevo.

Así, en cuanto a la forma y a la substancia, Massachusetts y otras colonias volaron con sus propias alas. Veamos un ejemplo; el Real

Derecho de Inglaterra se basaba en el derecho de primogenitura. Perduró mucho más en las Colonias del Sur: en Georgia fue abolido en 1777; en Carolina del Norte en 1784, en Virginia en 1785. Cuesta creer que las diferencias en el régimen de tenencia de la tierra tuviesen tanto que ver en el destino del derecho de progenitura. Solamente en el Sur había grandes propiedades o plantaciones; en Nueva Inglaterra «la topografía y las condiciones del terreno condicionaban la pequeña propiedad y los asentamientos limitados» y ello favorecía la división de las tierras entre todos los hijos[4].

El sistema judicial de Inglaterra era tan o más complicado que el resto de su Derecho. Lord Cocke, que describió el sistema judicial tal y como era en el siglo diecisiete, necesitó todo un volumen sólo para enumerar y explicar las docenas de tribunales independientes —los de la corona, los locales, los tribunales de costumbres y los tribunales especiales en número infinito— una amalgama de jurisdicciones que de alguna manera tenían que sortear los litigantes (y sus abogados). Si ya era irracional este sistema en Inglaterra, hubiese resultado totalmente grotesco en los pobres pequeños asentamientos que se habrían camino a lo largo de la costa americana. Massachusetts estableció una estructura jurisdiccional clara y simple, como así lo hicieron también las demás colonias. Había a menudo diferencias chocantes. En Massachusetts no existían, por ej., los tribunales especiales de «equidad», que constituían una característica muy marcada y desconcertante del Derecho de la metrópoli. Por el contrario, en Carolina del Sur estos tribunales llegaron a un gran desarrollo.

En el siglo dieciocho, ambos regímenes jurídicos, el del Norte y el del Sur, parecieron converger de alguna manera hacia el Derecho inglés; esto es, empezaron a parecerse más al modelo inglés. Ello sucedió de manera natural y, en gran medida, de forma automática. Ocurrió, en parte, porque los ingleses se sintieron más obligados con respecto a sus colonias; cayeron en la cuenta, no sin cierta sorpresa, de que tenían un imperio a su cargo y que debían, consecuentemente, gobernarlo de forma adecuada. Como todos sabemos, estos intentos acabaron en desastre. En cierto sentido, los ingleses empezaron demasiado tarde. Los colonos ya se habían acostumbrado a dirigir sus propios asuntos y cuando los ingleses implantaron nuevos impuestos, crearon nuevos tribunales y, en general, actuaron como imperialistas, hicieron estallar la revolución. El resultado fue la pérdida de la joya de la corona de su imperio.

Sin embargo, las presiones para adaptarse a los modelos ingleses

tuvieron causas más naturales. Ante todo y a pesar de sus diferencias políticas, los colonos mantuvieron estrechos lazos comerciales con la metrópoli. A mediados del siglo dieciocho Norteamérica era mucho más sofisticada de lo que había sido cien años antes. Tenía un mayor número de habitantes; las ciudades habían crecido y los colonos necesitaban unos instrumentos legales que hubiesen resultado superfluos cuando, en los primeros días, constituían pequeños pueblecitos, se abrían camino y vivían al día. Ello es especialmente cierto en lo que respecta al Derecho mercantil; los comerciantes cuyos barcos zarpaban para Inglaterra, Jamaica y otros puertos del planeta, estaban directamente interesados en las más recientes leyes mercantiles vigentes en Inglaterra y en el resto de Europa.

Había también los fuertes lazos culturales con Inglaterra. Los abogados que ejercían en las colonias eran ingleses; algunos de hecho, habían ejercido en Inglaterra. El material jurídico que utilizaban era inglés. Aparte de los compendios de leyes locales, las colonias no publicaron libros de Derecho autóctono, por así decir. Todos los tratados eran ingleses. Todos los compendios de jurisprudencia eran ingleses. Todo el que quería estudiar algo de Derecho tenía que consultar libros ingleses y, por descontado, estos libros enseñaban el Derecho en su versión inglesa, no americana[5].

La obra de William Blackstone «Comentarios a las leyes de Inglaterra» vio la luz, por primera vez, en Inglaterra en 1756. Allí se convirtió en un «best-seller», pero aún tuvo mayor éxito en esta parte del Océano. Blackstone tenía un estilo claro y conciso. La obra fue escrita para los no juristas ingleses que quisieran saber algo sobre su Derecho. Los Americanos —tanto los profanos como los juristas— se la quitaban de las manos, pues era un elemento clave para comprender el Derecho de la metrópoli. La edición americana se publicó en Filadelfia, en 1771-72. Blackstone no hubiera sido nunca tan popular en este país si hubiese existido un tratado americano más o menos equivalente.

Hemos querido estudiar el periodo colonial con cierto detalle, en primer lugar, por su interés propio y, en segundo lugar, porque ilustra uno de los temas principales de este libro: el de cómo las condiciones sociales moldean el régimen jurídico de un país. Este principio es aún válido hoy en día y constituye también la clave para comprender el proceso jurídico.

Una Nación libre: El Derecho norteamericano después de 1776

En 1776 estalló la guerra y los tenues lazos entre Inglaterra y las colonias se rompieron. La guerra de la independencia fue un éxito, pero a las colonias les quedó pendiente el problema de buscar una forma de unión. Querían constituir alguna especie de federación —un cuerpo con un sistema nervioso central, por así decir— pero las colonias también querían conservar individualmente buena parte de su autonomía. Después de un primer paso en falso (los Artículos de la Confederación), las colonias redactaron una carta —la Constitución de 1787— que todavía es la ley de más alto rango en el país. La Constitución dio al gobierno central mucho más poder del que tenía bajo los Artículos de la Confederación; pero todavía era un gobierno de poderes limitados en un sistema federal. Cada estado seguía soberano en su propia esfera. Los Estados Unidos —el ente nacional— eligió enseguida a un presidente y se puso manos a la obra. Más tarde eligió su propia capital, Washington, D.C. El gobierno nacional tenía el mando de la capital, y dirigía los asuntos exteriores, el ejército, la marina, y los correos. Los estados siguieron al frente de la mayoría de los demás asuntos públicos.

El nuevo gobierno tuvo que afrontar de inmediato una cuestión fundamental: ¿Qué hacer con los territorios del Oeste? Los Estados Unidos poseían una enorme extensión de tierra virgen. El dominio público consistía en cientos de millas de bosque que se extendían a lo largo de la ruta del Mississipi, incluyendo lo que ahora son los estados del Medio Oeste y los fronterizos; y bajaba por Alabama y Mississipi. Las colonias tenían reivindicaciones particulares sobre la mayor parte de estos territorios, especialmente Virginia, pero todas se cedieron al gobierno federal entre 1781 y 1802[6].

Así estaban las cosas hacia el año 1790, en que la mayor parte de la población vivía en establecimientos alineados a lo largo de la costa Este. Los territorios del Oeste se hallaban casi vacíos, pero las personas con perspectiva de futuro veían con claridad que eran tierras con porvenir; tierras que algún día se llenarían de gente. Las decisiones políticas básicas tomaron cuerpo en la famosa Ordenanza Northwest (1787). Los Estados Unidos, que ellos mismos, recientemente habían formado parte de un imperio, decidieron no gobernar estas tierras como una potencia colonial. Estos territorios dependientes eran hijos suyos y como tales, algún día llegarían a ser adultos. Había que rescatar del desierto a los «territorios». Cuando su pobla-

ción alcanzara el tamaño adecuado («cinco mil habitantes hombres libres, varones, y mayores de edad») el territorio eligiría una «asamblea general» para colaborar con el gobernador designado para la administración del territorio. Y cuando la población llegase a «sesenta mil habitantes libres», el Congreso administraría el territorio como un nuevo estado, «en pie de igualdad con los demás estados en todos conceptos». Y así fue. Los estados llegaron a ser, al final, cincuenta. En casi cada caso el nuevo estado pasaba por un período de gobierno territorial —su infancia, por así decir— antes de alcanzar el rango de estado. Sólo en unos pocos casos —por ej. Texas, que empezó como país independiente— los estados se sustrajeron a este período de pupilaje. Y tuvieron que pasar más de cien años hasta que los Estados Unidos adquiriesen posesiones que no estuviesen organizadas como parte de su territorio. El botín que se obtuvo de España después de la guerra hispano-americana (1898) incluía a Puerto Rico y Filipinas. Estos fueron los primeros casos importantes en que la Constitución no «siguió a la Bandera» y en que los Estados Unidos tuvieron colonias, en el auténtico sentido imperial de la palabra.

El Derecho de los Estados Unidos se extendió de este a Oeste, no tanto por conquista cuanto por contagio natural de los primitivos estados. Los nuevos estados adoptaron gran parte del Derecho de los Estados más antiguos. Después de todo los pobladores tenían que venir de algún lugar y excepto en lo que respecta a los inmigrantes extranjeros, los estados más antiguos eran «ese lugar». Podemos explicar, a menudo, las peculiaridades del Derecho de un nuevo estado observando, sencillamente, el lugar de procedencia de los nuevos pobladores que vivían en Illinois y otros lugares, que hablaban francés y vivían de acuerdo con las costumbres jurídicas francesas. Los territorios del viejo Noroeste adoptaron partes y fragmentos de los Códigos de Pennsylvania, Virginia y otros estados. A medida que iba aumentando la población en el Noroeste, iban ingresando en la nación nuevos estados procedentes de sus territorios, empezando por Ohio, poco después del 1800. Una vez organizados los nuevos territiruis —Indiana, Illinois, Wisconsin— la región del Noroeste se partió como una ameba y su sistema jurídico se dividió como todo lo demás.

La ola de pobladores americanos resultaba siempre lo suficientemente fuerte como para no dejar sitio a ningún otro grupo de pobladores que viviera bajo leyes o lenguas diferentes. Sólo en Louisiana hubo una población «extranjera» lo suficientemente grande como para desembocar a un resultado distinto. En Louisiana, la tradición

GOA UNIVERSITY LIBRARY
TALEIGAO GOA
Donation ACC No. 209
Name of Donour S. V
Amonkar

francesa y española estaba demasiado arraigada para dejar el paso libre sin ofrecer resistencias. El «common law» no logró nunca derrocar al viejo régimen jurídico. Louisiana dio un paso decisivo cuando adoptó el Código de 1808, modelado según el Código de Napoleón francés. Los estudiosos discuten todavía si fue el Derecho francés o el español el que proporcionó más elementos al Código. En cualquier caso, ambos regímenes eran ajenos al «common law»; eran de Derecho Civil hasta la médula [7].

Con el tiempo, el inglés barrió a la lengua francesa de Louisiana, excepto en algunos remotos lugares, pero la tradición jurídica francesa tuvo mayor arraigo. Hasta el momento presente Louisiana no es, al menos en teoría, un estado de «common law», y en algunos aspectos su Derecho sobresale como una joroba. Este estado se siente más bien orgulloso de sus «Códigos», de sus peculiaridades jurídicas y de su procedimiento. En nuestros días ya es más difícil afirmar si el Derecho vivo de Louisiana es o no tan distinto del Derecho vivo de otros estados. Luisiana se beneficia (o padece) del mismo Derecho fiscal federal que los demás estados y de las mismas leyes federales. Está protegida por la misma Carta de derechos. Sus abogados hablan inglés y su cultura jurídica está abierta por todos lados a la enorme influencia de sus cuarenta y nueve estados hermanos.

La tradición española o mejicana colorea el Derecho de California, Texas, Nuevo Méjico y el de otros estados del Oeste arrancados a Méjico. El Derecho civil de estos estados no fue nunca lo suficientemente fuerte como para sobrevivir, pero algunos aspectos importantes de él quedaron en pie. Un ejemplo famoso es el llamado régimen de comunidad de bienes (totalmente desconocido en Nueva York o Iowa). En un régimen de comunidad de bienes todo lo que gana el esposo o lo que adquiere pertenece automáticamente a su mujer por mitad; y lo mismo sucede en el caso inverso. En otras palabras, en estos estados, el matrimonio es considerado, generalmente hablando, como una unidad —una «comunidad»— salvo si los contrayentes disponen expresamente otra cosa. Pero en los tiempos anteriores a la liberación de la mujer esa unidad no era una comunidad entre iguales. El esposo llevaba las riendas; tenía el derecho exclusivo de administrar y controlar la comunidad de bienes.

Debemos andar con cuidado y no sacar excesivas conclusiones de estas supervivencias antiguas anomalías y fragmentos jurídicos que quedaron de tradiciones oscuras o desaparecidas. Los condicionamientos sociales, económicos y geográficos siempre tuvieron una in-

fluencia muy superior sobre el Derecho de estos estados del Oeste que la que pudieran tener las tradiciones anteriores al asentamiento americano. En California, la comunidad de bienes no sobrevivió por nostalgia o por un accidente histórico; sobrevivió porque resultaba ser un sistema útil y fuerte que parecía convenir muy bien a la población. El sistema de comunidad de bienes siguió vivo hasta ese día porque fue capaz de competir con el «common law» y se ganó un sitio por sí sólo. Perseveró a pesar —y no a causa— de sus raíces mejicanas. Un notable ejemplo del Derecho nacido de las peculiaridades locales fue el Derecho de esclavitud; un cuerpo ingente de leyes, normas y doctrina, construido, primordialmente, en los estados del Sur. También en el Norte había existido esclavitud negra, pero todos los estados del Norte la habían abolido después de la Revolución. La Constitución de Vermont de 1777 inició esta tendencia. Hacia el año 1800 los demás estados del Norte o bien habían abandonado completamente la esclavitud o habían «preparado su extinción gradual»[8]. Desde este momento la línea queda trazada nítidamente; en el Sur había estados con esclavitud y en el Norte, estados «libres». Los estados pertenecían a una u otra clase, pero no a las dos a la vez o a una clase intermedia.

Al final, la cuestión de la esclavitud envenenó las relaciones entre el Norte y el Sur hasta el punto en que el país entró en una lucha que, en aquel entonces, constituyó la guerra más sangrienta de la Historia (1860-65). Había, desde luego, otras cuestiones detrás de la guerra civil, pero la causa de la esclavitud constituía el centro emocional en el corazón del conflicto. La esclavitud era también el núcleo del sistema social del Sur. Los esclavos representaban un capital de un valor enorme para sus propietarios. En los tiempos anteriores a la maquinaria agrícola los cuerpos de los negros eran la fuerza motriz que hacía productivas las plantaciones. Los esclavos limpiaban las casas blancas del Sur; criaban a los niños del Sur, trabajaban en las factorías del Sur. En muchos lugares del Sur, la mayoría de la población era negra y esclava; había una capa de legisladores blancos encima de una gran masa negra.

La esclavitud era una parte vital de la sociedad del Sur; lógicamente, por tanto, era un tema vital de su Derecho. Cada estado esclavista tenía un Código destinado a regular la esclavitud y los esclavos. Estos Códigos establecían los derechos, más bien miserables, de los esclavos y fijaban los derechos y deberes de los amos. Los amos tenían, desde luego, un control casi absoluto sobre sus vidas. El esclavo era un objeto susceptible de propiedad. Tenía que obedecer al amo y, ciertamente, el ser «insolente» con un «blanco libre» constituía una falta para el esclavo. Los esclavos no podían, legalmente, contraer matrimonio. No podían tener bienes en propiedad. No podían desplazarse a su arbitrio; el esclavo no podía «dejar la plantación... sin un certificado de autorización por escrito de su amo». Estas disposiciones se encuentran en el Código de Carolina de 1854. Son típicas, en general, de los códigos de esclavitud.

Incluso los esclavos libertos estaban sujetos a muchas inhabilitaciones. El Código de la esclavitud era también un código social. Ningún negro, libre o esclavo, tenía derecho al voto ni podía desempeñar ningún empleo en el Sur, ni tampoco en la mayoría de los estados del Norte. Cuando un amo de esclavos liberaba a un esclavo en Carolina del Norte, al igual que en muchos otros estados del Sur, el liberto tenía noventa días para salir del estado. Si un antiguo esclavo se quedaba sin permiso (que a veces se concedía) podía ser detenido y vendido como esclavo una vez más.

En el Sur, las leyes sobre la esclavitud tenían que tener en cuenta un factor extraordinario; el de que los esclavos eran bienes de propiedad. Los negros eran comprados y vendidos en el mercado público; eran pignorados por amos que adeudaban dinero; arrendados por amos que tenían esclavos «extras»; dejados como legado en los testamentos de los amos; embargados por los acreedores de los amos cuando éstos no podían pagar sus deudas. Desde Maryland hasta Arkansas o Florida, los estados constituyeron un avanzado sistema de normas y supuestos —del que ya no queda nada— para hacer frente a los problemas que planteaban la mayoría de hombres y mujeres que poseían o traficaban con esclavos.

En un caso fallado en Georgia en 1853, se relata la siguiente historia: un hombre llamado Latimer tenía un esclavo sobrante y arrendó sus servicios en una subasta. Cierto Dr. Thompson, que dirigía un hotel en Atlanta, fue el ganador de la subasta; pagó noventa y un dólares para disponer de ese esclavo por el plazo de un año y lo puso a trabajar como camarero del hotel. Uno de los huéspedes cayó enfermo de viruelas; el esclavo «fue puesto a su cuidado» y también cogió la viruela. Se recurrió a un médico para curarle, el cual presentó sus honorarios. La cuestión era, ¿quién debía pagar al médico? ¿Tenía que hacerlo el primer propietario, puesto que el esclavo le pertenecía, o el Dr. Thompson, que había comprado por un año sus servicios y por ello debía soportar el riesgo? Al final, el Tribunal Supremo de Georgia condenó al Dr. Thomson por entender que era quien debía correr con el riesgo[9].

Este es sólo uno de los muchos casos en que los esclavos figuran formando parte del régimen de propiedad. Este amplio campo jurídico de la esclavitud era, desde luego, ignorado en el Norte. Al Norte no le afectaba directamente la esclavitud; era sólo una cuestión moral y política y un asunto de relaciones federales. Hubo, por ejemplo, una agria controversia sobre el deber de los estados del Norte de devolver a sus amos del Sur los esclavos que se hubieran fugado. Las diversas leyes sobre los esclavos fugitivos irritaban profundamente a los estados del Norte quienes, a veces, ponían en tela de juicio su aplicación.

Los estados del Norte tenían su propio abanico de cuestiones económicas. No eran las mismas en todos los estados. Las de los estados agropecuarios eran de una clase y las de los estados comerciales de la costa, de otra muy distinta. A principios de la pasada centuria, en Nueva York, los tribunales vieron docenas de casos relativos a seguros marítimos. Kentuky, naturalmente, tenía muy pocos casos de estos. Los estados del viejo Noroeste estaban, por ej., mucho más afectados por el Derecho relativo al dominio público de las tierras que Rhode Island. Y así sucesivamente.

Estas diferencias son todavía muy importantes. Algunos estados son industriales y están muy poblados. (Nueva Jersey está tan densamente poblado como Holanda). Granjeros, agricultores o mineros dominan la política en otros estados. En los áridos estados del Oeste la población es escasa y los derechos de pasto en tierras de dominio público o las restricciones a las explotaciones mineras pueden ser temas primordiales. Los estados del Sur tienen todavía una gran población negra; conservan el recuerdo de una guerra perdida y mantienen una tradición conservadora. Sin embargo, el cinturón de las tierras cálidas crece y cambia con rapidez, mientras que los viejos estados industriales (en el momento de escribir esto) se hallan en un profundo estancamiento económico. Hay un estado (Nevada) que tiene una industria dominante; el juego[10]. Otro (Hawai), es tropical; antaño fue un reino de Polinesia y su población, constituida, en gran parte por orientales, vive del negocio del turismo. En todos los estados (Louisiana viene a ser una excepción), el núcleo jurídico es la versión americana del «common law» inglés. Pero la fuerza de los acontecimientos, el empuje de las fuerzas sociales, las necesidades y demandas de personas y lugares, de empresas y trabajadores, son los factores básicos que moldean el Derecho en cada momento.

En muchos de sus aspectos, el Derecho norteamericano es única y netamente norteamericano. Este es un hecho obvio y natural. Cada

país tiene en su Derecho algo único. Según nuestro Derecho, el cuatro de Julio es la fiesta nacional; en este día celebramos nuestra independencia. Otros países conmemoran su independencia en días distintos. Cada país tiene un solo lugar en el espacio; sus propios pájaros y animales; su propia Historia y sus productos. Cada uno de los aspectos de la sociedad colorea su Derecho. Por lo tanto nunca hay dos regímenes jurídicos iguales.

Pero el Derecho Norteamericano también tiene características comunes con el Derecho de otros grupos enteros de países. Comparte muchas instituciones con el Derecho de Inglaterra. Y sin embargo los regímenes americano e inglés son tan distintos como puedan serlo el idioma alemán y el holandés, o el español y el italiano. Un abogado americano tendría dificultades si intentara ejercer en Inglaterra sin una preparación especial; incluso para leer y comprender las sentencias de los altos tribunales británicos. Podría, no obstante, aprender, probablemente, el Derecho inglés con absoluta rapidez; el Derecho francés, incluso traducido, le costaría bastante más. Las diferencias entre los estados americanos desde el punto de vista jurídico, aunque importantes, son de un orden muy inferior.

No debe sorprender pues que la substancia del Derecho americano tenga mucho en común con el Derecho de otros modernos países industrializados del mundo occidental. Contempla, por ejemplo, el impuesto sobre la renta, al igual que Suecia. No lo contemplaba, en cambio, ni la Georgia colonial ni la Inglaterra o la Francia del medioevo.

Norteamérica: Una civilización de clase media

A los ojos de muchos viajeros del siglo diecinueve, Norteamérica era un lugar sorprendente. Algunas de las características que a nosotros nos parecen naturales, chocaban a los forasteros que las encontraban extremadamente curiosas. Comparada con los países europeos, Norteamérica aparecía como un país sin clases sociales. Incluso antes de la Revolución, había más igualdad social en los Estados Unidos que en los países europeos, incluyendo a Inglaterra. Es importante contemplar esta «igualdad» con cierta perspectiva. Teníamos, como no, ricos y pobres y también una gran población de esclavos negros. Los negros libres no podían votar ni desempeñar cargos. Tampoco podían hacerlo las mujeres. Ciertamente, las mujeres casadas no podían, de hecho, tener bienes en propiedad ni contratar. Cuando una mujer se casaba, sus propiedades caían, automáti-

camente, en las garras de su marido. Este tenía el dominio y el control total. La mujer casada, en términos jurídicos, estaba al nivel de los enajenados mentales y los menores. Estas leyes no cambiaron hasta mediados del siglo diecinueve. La primera de las nuevas leyes se promulgó en Mississipi en 1839. Entre los años 1848 a 1860, Nueva York emprendió importantes reformas. Pero algunos restos de estas antiguas «incapacidades» (desigualdades legales) subsistieron en el Derecho por mucho más tiempo[11]. Las mujeres no obtuvieron el derecho al voto hasta el siglo veinte.

Por otro lado, nunca se dio el caso de que unas pocas familias importantes poseyeran todas las tierras de Norteamérica, ni siquiera la mayor parte de ellas. Había, desde luego, grandes terratenientes, pero nada parecido a los enormes latifundios de Europa. No había en este país verdaderos campesinos ni siervos. En el Norte, especialmente, los hombres eran propietarios de sus tierras; la tenencia (en arrendamiento o aparcería) era la excepción, no la regla. Sólo en el Sur, después de la liberación de los esclavos, hubo muchos trabajadores del campo que vivieron de modo más parecido al de los peones y siervos que al de los granjeros libres de Iowa o Illinois[12].

La propiedad repartida de la tierra no fue una casualidad. Fue la consecuencia de una política intencionada. El gobierno nacional, como ya dijimos, entró en posesión, después de la Revolución, de millares y millares de acres. La compra de Louisiana (1804) aportó muchos millones más. Y sin embargo, nadie pensó nunca en conservar todas esas tierras como propiedad federal. Todo lo contrario, fue designio y política nacional el vender las tierras a la gente; a aquellos que quisieran quitar las piedras, abatir los árboles, establecerse en las tierras y cultivarlas.

Este fue el espíritu básico del Derecho de las tierras de dominio público. Este cuerpo de leyes tuvo, antes de la Guerra Civil, una filosofía completamente distinta a la del actual Derecho de tierras de dominio público. Hoy, el tema central importante es la conservación, la preservación; conservar las tierras, trabajándolas, o utilizarlas (en su caso) en el interés público por el bien del conjunto de la población. Antes de la Guerra Civil, el Derecho de la propiedad inmobiliaria tendía, preponderadamente, no a conservar, sino a dar el uso de las tierras, vendiéndolas o cediéndolas en donación. Incluso en los casos en que vendían tierras, se hacía a precios bajos —un dolar o dos el acre— todo lo más.

El Derecho de las tierras de dominio público era un laberinto de leyes y, en la práctica, había un gran abismo entre la teoría y la

realidad. Había escándalos y corrupciones sin fin a nivel de las oficinas inmobiliarias locales. Sin embargo, en conjunto, esta política resultó. Es cierto que a veces los especuladores obtuvieron enormes porciones de tierra, pero ni siquiera estas personas pensaron nunca en conservarlas. Eran comerciantes, no terratenientes. Su intención era vender con beneficios. En cualquier caso y cualquiera que fuere el recorrido, las tierras pasaban de las manos del gobierno a las manos de los pequeños propietarios; cientos de miles de colonos, granjeros y comerciantes. El año 1836 fue, probablemente, el momento culminante en la venta de tierras. El gobierno federal vendió más de 20 millones de acres de tierras y obtuvo alrededor de $ 25 millones. Entre 1820 y 1842 se vendieron unos 74 millones de acres; la misma superficie de tierra que tienen, aproximadamente, Michigan y Wisconsin juntos[13].

Hasta aquí por lo que respecta a las ventas. Pero al mismo tiempo el gobierno regaló millones de acres. Algunas de estas tierras fueron a parar a los gobiernos de los estados; ellos, a su vez, las vendieron y utilizaron el dinero en escuelas, carreteras, ferrocarriles, etc. En el periodo revolucionario se daba a los soldados, como parte de su paga, las escrituras que les conferían la titularidad de parcelas de tierra de dominio público; 100 acres para un soldado raso, 500 para un coronel. Muchos estados implantaron esta clase de botín militar[14]. La llamada ley Morrill (1862) dispuso la donación a cada estado de una parte de las tierras de dominio público para que se utilizasen en dotar a la enseñanza superior. Así surgieron algunos centros de enseñanza nacidos de la «concesión de tierras», tales como la Universidad de Illinois. La famosa ley Homestad de 1862 fue, simbólicamente al menos, la culminación lógica de una política que había surgido de la presión ejercida para dar facilidades de pago para la compra de tierras. Dicha ley ofrecía 160 acres de tierras públicas, totalmente libres, a los colones que las ocupasen. De hecho, la mayor parte de las buenas tierras de cultivo ya se habían distribuido antes de 1862; las que quedaban se hallaban, en su mayoría, en el Oeste; eran áridas, rocosas o inservibles por alguna otra causa. No obstante, esta ley volvía a incidir, de forma particularmente enérgica, en lo que siempre había constituido el objetivo de la política de la distribución de tierras.

Hay un tema que sobresale en la complicada historia del Derecho americano sobre la propiedad de las tierras: el hecho de la propiedad privada; y no la de una pequeña élite, sino la de millones de personas. No existe el equivalente de la general Motors o de la IBM

en el régimen de propiedad de las tierras de Norteamérica. Los grandes terratenientes —incluso los mayores— sólo poseen una ínfima parte de un enorme continente. La política legislativa apoyó y reforzó la enorme demanda de tierras en propiedad. Esta masificación tuvo, a su vez, consecuencias incalculables para el sistema jurídico. El Derecho inglés sobre la propiedad de las tierras había sido un laberinto de tecnicismos. Generaciones de estudiantes de Derecho se rompieron los cascos con aquellas normas legales; ningún profano podía aventurarse en aquel laberinto sin encontrarse irremediablemente perdido. Era un Derecho tan técnico que sólo podía servir a una sociedad de unos pocos terratenientes, ociosos y ricos; a una clase que pudiera permitirse abogados expertos que desenredasen los nudos de la ley.

El Derecho americano nunca pudo permitirse este lujo. Para poder ser útil de algún modo a un país con millones de propietarios de tierras, el Derecho de propiedad de las tierras tenía que ser revisado, despojado y depurado de sus peores tecnicismos. Tenía que ser útil al común de las gentes que poseían pequeños trozos de tierra; hombres que sabían leer y escribir pero que ni eran ricos ni jurídicamente entendidos y que ni conocían ni podían conocer los pequeños detalles del Derecho inmobiliario. Este Derecho también tenía que satisfacer las necesidades de un mercado inmobiliario activo y cambiante; un mercado en el que las fincas cambiaban de manos casi como los valores en la Bolsa.

En Inglaterra, una sola gran familia podía vivir en el mismo sitio durante cientos de años, desarrollando lazos profundos y sentimentales con su casa, sus tierras, su «finca». El significado mismo de la palabra tierra era distinto en América. Sólo en el Sur, con sus grandes plantaciones, había fincas en el sentido inglés de la palabra. La «Tara» de «*Lo que el viento se llevó*» no tenía equivalente en Vermont o Illinois. En el Norte y en el Oeste la gente empezaba la explotación de una granja; la proseguía hasta el punto en que pudiera venderla con beneficios y entonces (frecuentemente) la vendía y se trasladaba a otro sitio a montar una nueva granja. Incluso cuando el propietario se quedaba, lo más probable era que su hijo se fuera a otro sitio antes que permanecer en la tierra de sus antepasados. Después de todo, había muchas tierras y muchas oportunidades. Desde un principio los americanos fueron hombres en movimiento constante.

El Derecho inmobiliario no era la única rama del Derecho que necesitaba ciertos cambios en el Nuevo Mundo. El Derecho en general nunca llegó a perder todas sus exasperantes complejidades pero

sus diversos campos fueron, al menos, perfilados y depurados hasta un nivel que los hizo útiles. Ello es verdad en lo que al Derecho mercantil se refiere; también lo es para el Derecho de familia y sucesiones. La envergadura que alcanzó el Derecho de divorcio ilustra bien este proceso. El divorcio era caro y poco frecuente en Inglaterra (hasta 1857, el divorcio sólo era posible, prácticamente, mediante una ley del Parlamento para cada caso). Los divorcios eran también extremadamente raros en la América colonial. También aquí el divorcio era, principalmente, «legislativo»; esto es, cada divorcio se obtenía separadamente por una ley aprobada por la asamblea colonial. En el siglo diecinueve, el divorcio empezó a ser más normal y también más fácil de obtener, especialmente en los estados del Norte. Muchos estados promulgaron leyes que permitían el divorcio «judicial»; el divorcio tal como lo conocemos, ante un tribunal.

¿Cómo explicar este cambio en el Derecho de divorcio? ¿Eran las familias americanas menos felices que las familias de Inglaterra? ¿Se producían rupturas con más frecuencia? Posiblemente el aumento del índice de divorcios nos pueda decir algo de los cambios en la estructura de la familia americana. Pero también está claro que la gente quería —pedía— un medio rápido y barato de «legalizar» su estado; esto es, una rsolución de la autoridad determinando si seguían casados o no. ¿Por qué? Porque el cambio de estado civil comporta diferencias en las personas que tienen dinero o son propietarias de una granja o una casa. Para esta clase de gente (que incluía a millones de americanos), era importante clarificar su estado civil. Era la mejor manera de mantener la claridad y nitidez de los derechos y títulos de propiedad; la forma de estar seguro de que los hijos de uno eran legalmente legítimos; de que la verdadera esposa heredaría las propiedades de su marido, etc. Una sociedad de pobres o de campesinos sin tierra puede pasar sin el divorcio formal. Los americanos no podían.

También había una falta de seriedad legal. Es cierto que había muchos abogados en el país, pero no estaban tan bien preparados como los ingleses en los tecnicismos del viejo «common law». Los abogados americanos eran más conocidos por su astucia y sentido de los negocios que por sus conocimientos jurídicos. En cualquier caso, la refinada labor jurídica que podía permitirse la pequeña aristocracia inglesa era, con mucho, demasiado cara para el americano común. Y ni siquiera las grandes hordas de abogados que había en este país habrían sido suficientes para dar abasto si cada pequeña venta de tierras, cada testamento, cada pagaré, etc., hubiese demandado

mucho tiempo la atención de un abogado. De ahí la constante simplificación de las leyes y la continua venta de libros del tipo de «aprenda ud. mismo», tales como «El abogado en casa», ya mencionado en el prefacio.

Un típico ejemplo de esta literatura, si podemos llamarla así, fue «El libro de formularios del abogado y del hombre de negocios»* publicado por Delos W. Beadle en los años 1850 y reeditado varias veces. Contenía «formularios e instrucciones» para redactar contratos, hipotecas mobiliarias, compraventas, cartas de porte, compromisos, letras de cambio, pagarés, escrituras, hipotecas, contratos de arrendamiento, fletes, pólizas de crédito, contratos matrimoniales y fiduciarios, contratos de sociedad y testamentos; tablas de intereses, compendios de leyes estatales sobre temas diversos, y toda clase de materias varias». Este libro proclamaba ser «un manual de guía de transacciones comerciales para todos y cada uno». Su popularidad es otra muestra de la forma en que el sistema jurídico se infiltraba en la mentalidad y las necesidades de la gente en esta sociedad de clase media.

Derecho y Economía

En el periodo siguiente a la Revolución y hasta la guerra civil, hay un segundo aspecto del sistema legal americano que sigue de cerca al anteriormente descrito; el objetivo prioritario de la política legislativa fue el de incrementar la riqueza del país. Eramos una nación de impulsadores de la economía. El Derecho era una herramienta para desarrollar el país; para estimular el crecimiento; para hacer a la gente más rica. J. Willard Hurst habló de «la descarga de energía» para describir la función básica del Derecho en este periodo. A menudo oímos decir a la gente, de manera bastante imprecisa, que el Derecho es conservador. En la primera centuria de nuestra independencia hubiera sido más exacto decir, con el profesor Hurst, que el Derecho fue dinámico: la gente «quiso poner al Derecho, con rapidez y audacia, al servicio de las metas tangibles que veía que podían mejorar la productividad»[15].

Ello significa, en términos generales que las personas influyentes de este país —los votantes, los propietarios, etc.,— utilizaban el Derecho de forma consciente y deliberada, para impulsar el crecimiento económico. Ellos (y también el Derecho) respetaban, desde luego, los

*En inglés: «The American Lawyer and Business - Man's Form Book». (N. del T.).

derechos de propiedad, pero principalmente a causa de que la propiedad era un factor de movimiento y dinamismo. No daban mucho valor a las ricas y pretenciosas haciendas de cierta aristocracia, sino a las conquistas rápidas, limitadas y cambiantes de un gran país en formación. El sistema jurídico tenía que estar al servicio de los negocios y de las empresas. La gente quería —incluso con impaciencia— desprenderse de las viejas leyes si ello significaba mantenerse en el camino del «progreso».

Este fue, por ej. el mensaje del caso *Charles River Bridge*[16]. Este gran proceso, fallado por el Tribunal Supremo en 1837, giraba alrededor de una cuestión técnicamente difícil. En 1785, el legislativo de Massachusetts había autorizado a un grupo de personas la construcción de un puente de peaje sobre el Río Charles, en Boston. Se construyó el puente con éxito y se percibieron peajes durante muchos años. Luego, en 1828, el legislativo autorizó la construcción de un puente rival, el llamado Warren Bridge; este puente, después de haberse resarcido del costo, sería un puente libre, no de peaje. Ambos puentes estaban muy cerca el uno del otro y era evidente que el puente libre iba a dejar fuera de combate al puente de peaje. Los propietarios del viejo puente presentaron batalla ante los tribunales. Alegaban que la segunda autorización «perjudicaba» a la primera y que el legislativo se había excedido en su esfera de poder jurídico. Con el tiempo, el caso fue a parar al Tribunal Supremo. La cuestión se debatió encarnizadamente, pero la mayoría, representada por el Magistrado Presidente Roger Brooke Taney, falló en favor del legislativo de Massachusetts y del segundo puente; el libre. La ley que había autorizado el primer puente no implicaba la promesa del legislativo de no autorizar ningún otro puente competitivo. No consideraron que la letra de la ley contuviera tal promesa. Ello zanjó la reclamación del puente Charles River.

Es un caso en el que se plantearon problemas muy técnicos, pero también sirvió de test para valorar ciertas actitudes frente a la propiedad y a la empresa. Para Taney, la verdadera cuestión era el conflicto entre los derechos de antiguo cuño y las demandas de las nuevas empresas; demandas de «progreso». Frente a esta alternativa, el Derecho y los jueces americanos se inclinaron por el cambio; la dirección que estimaron progresista. Ello significaba inclinarse a favor del segundo puente y no del primero[17].

A menudo damos por sentado que el siglo diecinueve fue la edad del «laissez faire»*; esto es, que el interés y la opinión pública, en conjunto estaban dispuestos absolutamente en contra de cualquier

reglamentación administrativa y de cualquier influencia exterior a la esfera económica.

No hay duda de que, según los moldes modernos, los recursos de los gobiernos de la época eran increiblemente escasos. El presupuesto anual de un estado como Massachusetts, hacia finales del siglo dieciocho, era inferior a lo que puede gastar actualmente una ciudad en un sólo día. El gobierno del estado de Massachusetts gastó en 1794 $ 215.000; y más de la mitad de esta suma fueron intereses de deuda pública[18]. Hoy en día millones de personas están en la nómina de la Administración; en los primeros años de la República eran un simple puñado. El costo de los salarios de Massachusetts, en 1794, era de $ 54.000.

Pero sería un error pensar que el gobierno estuviera totalmente inactivo o que la población, en su conjunto, estuviera constituida por personas que hoy llamaríamos liberales. Por el contrario, el común de la gente estaba vivamente interesada en obtener la ayuda del gobierno mientras ello le reportara beneficios (lo que no sorprende a nadie); concretamente, reclamaban la acción del gobierno para el lanzamiento de la economía nacional. El gobierno (estatal y federal) hizo lo que pudo para promover carreteras, canales, peajes, puentes y transportes fluviales. Más tarde hubo una verdadera explosión de ayudas e impulso a los ferrocarriles. Pennsylvania gastó más de $ 100 millones —una suma astronómica en aquellos tiempos— en su canal principal y en su red de ferrocarriles[19].

Pennsylvania no fue una excepción. Algunos estados utilizaron sus medios económicos para fundar o consolidar bancos; todos (y también el gobierno federal), utilizaron las donaciones de tierras para impulsar a las empresas, especialmente al transporte. A partir de 1850, el gobierno federal donó grandes extensiones de tierra para ayudar a la construcción de ferrocarriles. Estas donaciones fueron, en aquel entonces, muy populares, a pesar de lo que pudieran pensar las generaciones posteriores. El granjero no podía prosperar, no podía vender sus productos sin alguna forma de transporte que los llevara hasta los mercados. Lo que quería el típico propietario agrícola de Iowa o Kansas era muy sencillo: buen tiempo, buenos precios para el trigo y el maíz y que el valor de las tierras aumentase. Los granjeros sabían que la única manera de hacerse ricos era poniendo sus granjas en comunicación con los mercados del Este, a sus espaldas. Sólo el camino de hierro podía conseguirlo. Aquella misma clase media, tan numerosa, que trajo unos modelos de documentos más sencillos y un divorcio más fácil, es la que estaba detrás de la gran política de donación de tierras.

*En francés es el original. (N. del T.).

La Guerra Civil y el período posterior

La guerra civil (1860-65), sangrienta y desagarradora, supuso una sacudida sísmica para la sociedad americana. Es, al mismo tiempo, una línea divisoria adecuada para separar dos periodos de la Historia del Derecho Norteamericano. Sirve para marcar el fin de la edad de «la descarga de energía»; del boom de la construcción y de los establecimientos territoriales; del período de la expansión hacia el Oeste y de los primeros ferrocarriles, cuando la agricultura regía la economía. Después de la guerra empezó una nueva era; la era de las fábricas, las grandes ciudades, y de las oleadas de inmigrantes del Este de Europa; una era de tecnología e industria; una era que marcó el lento declive de la América rural.

En un determinado aspecto la guerra fue, desde luego, una verdadera línea divisoria. Terminó con la esclavitud, aunque no trajo, ciertamente, la edad de oro de los negros, hombres y mujeres, que habían sido esclavos. Tan pronto como terminó la guerra, los estados del Sur dictaron unas leyes muy duras, los llamados Códigos negros, para conservar, al máximo posible, las antiguas formas de vida; mantener a los negros en su sitio y otorgarles el menor número de derechos posible. Pero el Norte no quería permitir nada de esto; las tropas del Norte siguieron avanzando; los Códigos fueron rechazados y el Sur tuvo que tragarse tres nuevas Enmiendas a la Constitución (la decimotercera, decimocuarta y decimoquinta). La Enmieda decimotercera abolió la esclavitud y la «servidumbre involuntaria», una vez por todas. La Enmienda decimoquinta dio el voto a los negros: ningún estado podía restringir el derecho al voto «por motivos de raza, color o anterior estado de esclavitud». La decimocuarta Enmienda convertía en ciudadanos americanos del estado y de la Federación a «todas las personas» (negros incluidos, desde luego) nacidos en los Estados Unidos. Las otras disposiciones de la Enmienda (especialmente la del «proceso debido» y las cláusulas de «igual protección») estaban destinadas a tener una trayectoria rica, complicada y, finalmente, gloriosa.

En el siglo XIX, la historia de los negros y de la Constitución fue menos feliz. Durante la Reconstrucción (al final de la década de 1860 y durante la del 1870) los negros ganaron algún poder político

en el Sur. Pero terminó cuando los gobiernos de «supremacía blanca» tomaron el poder. Hacia el 1900 había en el Sur pocos negros que pudiesen votar. El Gobierno federal hizo muy poco o nada para evitar esta privación de sus derechos cívicos. Sólo cuando en 1865 se aprobó una ley que defendía firmemente el derecho al voto se produjo un cambio real. Los años posteriores a la guerra civil fueron años en los cuales el Gobierno, de una forma u otra, jugó un papel cada vez más imporante en la economía, especialmente en los Estados del Norte. Este desarrollo era casi inevitable en la nueva era industrial. Las grandes industrias tuvieron que hacer frente a un movimiento social creciente. Lo que no podía resolverse alrededor de una mesa de negociaciones (a veces porque los empresarios se negaban a pactar), o por medio de la huelga en las calles, iba a parar a los Tribunales o a los legislativos. Los legislativos de los estados dictaron centenares de nuevas leyes sobre distintos aspectos de la sociedad industrial; salarios y horario, grandes almacenes, sindicatos, trabajo mal retribuido, trabajo de las mujeres y los niños; y así sucesivamente.

También en este periodo alcanzó gran importancia y (por primera vez) a escala nacional, la regulación del tráfico mercantil. Esta fue la era de la ley sobre el comercio Interestatal (1887), que creó una comisión Interestatal de Comercio, la primera de las grandes agencias nacionales para regular el comercio. En 1890, el Congreso aprobó la ley Sherman. Esta ley creaba prácticamente un nuevo campo jurídico: el de la legislación antitrust. Esta es una rama del Derecho que trata de los monopolios y de otras prácticas mercantiles «restrictivas del comercio» y que (en teoría) perjudican a la libre competencia. El estado administrativo ha crecido considerablemente desde el siglo diecinueve; su enorme volumen de producción sobrepasa hoy al resto de la legislación.

El «New Deal» de Franklin D. Roosvelt, en 1930, fue el siguiente jalón de la vida jurídica. La gran depresión debilitó la economía; en este sentido el «New Deal» fue, sencillamente, la respuesta a esa desesperada crisis. En otro aspecto, el «New Deal» aceleró simplemente lo que ya estaba en marcha; la culminación de un proceso de intervención gubernamental cuyo alcance y extensión aumentaron vigorosa y consistentemente. El Derecho invadía cada vez más esferas de la vida. Durante el «New Deal» el sistema federal cambió de rumbo de forma espectacular; y el moderno estado de bienestar social surgió de las ruinas que dejaron la depresión y la guerra.

Derecho y libertad

En cualquier breve bosquejo del desarrollo del Derecho Norteamericano es fácil ignorar (o dar por sentado) un hecho que, en el siglo diecinueve, chocaba particularmente a los visitantes de este país; nuestro sorprendente nivel de libertad personal. A lo largo de la mayor parte de nuestra Historia, los americanos hemos mostrado una tendencia a felicitarnos por ello. Quizá hayamos exagerado. Todas las naciones tienden al chauvinismo. América no es una excepción.

En la década de los años 1960 se produjo, especialmente en las obras científicas, un viraje y una reacción en contra de esa visión «color de rosa» de la Historia americana. Los historiadores señalan, con absoluta propiedad, que la historia de las reformas sociales en este país fue sangrienta y lúgubre. Nos sacan los colores de la cara ciertos aspectos que mucha gente quisiera olvidar. Nos recuerdan que en el siglo diecinueve la libertad y la justicia, *no eran*, en términos sociales y jurídicos, decididamente para todos. La población negra no participaba equitativamente de la libertad y de la riqueza de América. También las mujeres —la mitad de la población— se hallaban social y jurídicamente postergadas.

Hay otros cadáveres en el armario americano. El trato dado a las tribus indígenas es otra historia desgraciada y sórdida. En el mejor de los casos fueron engañados y desposeidos; en el peor de los casos, abatidos a sangre fría. La oficina para asuntos indígenas, de hecho, nunca comprendió ni intentó comprender la cultura de esos «salvajes» y llevó a cabo una política inconsciente de asimilación. A finales del siglo diecinueve, los chinos de la costa Oeste fueron objeto de un hostigamiento social y jurídico. Durante la segunda guerra mundial, los japoneses de los Estados Unidos fueron enviados a los campos del desierto o se les hizo cargar con acusaciones demenciales. En la primera mitad del siglo veinte, las leyes sobre inmigración fueron racistas hasta la médula. No se permitía a los asiáticos entrar en el país ni obtener la nacionalidad. En California, ni siquiera podían ser propietarios de tierras. La tolerancia también terminó de repente cuando (en el siglo diecinueve) se encontró con la minoría Mormona (la Iglesia de los santos del último día). Estos santos eran personas exclusivistas, con creencias extrañas y ofensivas —notoriamente sobre la poligamia— y enfurecieron a la «mayoría moral» de su época. El gobierno federal dictó duras leyes contra ese credo y emprendió un activo programa de persecución. Los cabecillas de esa iglesia fueron

encarcelados y algunos terminaron bajo tierra. La persecución terminó sólo cuando esta iglesia abandonó la poligamia (1890).

Es una lista totalmente impresionante. Y sin embargo la balanza se inclina, a pesar de todo, del lado de la libertad. Por nuestra Historia hemos sido, con mucho, uno de los países más libres, más democráticos, más «igualitarios» del mundo. En donde hemos tenido defectos, otros países tuvieron (y tienen) muchos más. América no fue nunca una utopía; siempre ha sido una mezcla de lo bueno y de lo malo, de lo más y de lo menos. Empezó, a modo de experimento, dejando que el pueblo gobernara su propio país. No *todo el pueblo*, pero si un número mayor de personas que en Inglaterra, Francia o cualquier otro país. El exerimento funcionó. Pero también comportó que el Derecho reflejara las grandes corrientes del sentimiento popular. No podía alejarse mucho del término medio. Podía expresar ideales y opiniones «ilustradas», pero nunca podía ser mucho peor ni mucho mejor que la escala de valores del pueblo. Esta fue su debilidad, pero también su fuerza.

4

La Estructura del Derecho Norteamericano: Los Tribunales

LOS TRIBUNALES SON, en muchos aspectos, la parte más familiar del sistema jurídico americano. Cuando la gente piensa en «el Derecho» se suele representar, normalmente, la imagen de los tribunales. Ello es así incluso teniendo en cuenta que mucha gente no está familiarizada con los tribunales ni con la forma en que funcionan. Un considerable número de personas hacen, cada año, funciones de jurado; también bastante gente tiene asuntos de circulación en los juzgados. Los hay también que siguen procesos de divorcio o están en contacto con tribunales de testamentarias. Muy pocos, (excepto los jurados) han tomado parte activo o han presenciado un verdadero juicio. En cuanto a los tribunales superiores, sólo los abogados y los jueces tienen acceso directo a ellos. Por otro lado, todo el mundo, casi sin excepción alguna, ha visto un juicio en la T.V., en el cine o en el teatro.

La organización judicial americana es compleja, en parte a causa de nuestro sistema federal. Cada estado tiene su propia organización judicial y no hay dos exactamente iguales. Lo que hace la materia aún más complicada es la doble organización de tribunales que hay en el país. Hay una red de tribunales nacionales (federales) en la cima, además de los tribunales de los estados miembros. En cada estado, desde Alabama a Wyoming hay, por lo menos, un tribunal federal. La persona que vive en Filadelfia se halla bajo dos jurisdic-

ciones muy distintas —la del tribunal local de Pennsylvania y la del tribunal federal local— y en cualquiera de las dos puede ser demandante o demandado; ello depende, en gran parte, pero no siempre, de la causa que se trate.

Un esbozo de la estructura jurisdiccional

Lo lógico es empezar por la *organización jurisdiccional estatal*, ya que la gran mayoría de procesos empiezan y terminan en estos tribunales. Es fácil descubrir la estructura básica de la típica organización jurisdiccional, a pesar de los muchos tecnicismos y complicaciones locales. Nos la podemos representar, más o menos, como una pirámide.

En la base, en la parte más ancha de la pirámide, están los *tribunales inferiores*, esparcidos a lo largo del estado y distribuidos por los distintos términos municipales. Estos tribunales conocen de los delitos menos graves y de las demandas de menor importancia. Toman varios nombres: tribunales de justicia; tribunales de pequeñas reclamaciones; tribunales de infracciones de tráfico; tribunales de policía, juzgados municipales, tribunales consistoriales. Muchos de ellos son, de alguna manera, tribunales especializados; los de infracciones de tráfico conocen de accidentes de circulación; los tribunales de policía sólo conocen de faltas leves (uno no puede demandar a su arrendador o pedir el divorcio en un tribunal de policía); los tribunales de pequeñas reclamaciones nunca conocen, por ej., de los accidentes de tráfico ni de los casos de etilismo. En cierto sentido, estos tribunales constituyen la planta baja de la justicia; sus productos son baratos y populares. Tienden a ser más bien informales. Algunos no permiten la intervención de abogado. Otros no permiten el jurado; y si una de las partes insiste en reclamarlo, la causa se envía a un tribunal superior. Por otra parte, los jueces de estos tribunales de base suelen ser profesionales. Son expertos en Derecho lo que, en modo alguno, sucedió siempre en el pasado. El «juez de paz» en Inglaterra no solía ser, en absoluto, un jurista; era un miembro de la pequeña aristocracia local que desempeñaba el cargo de juez. Algunos estados todavía tienen a no profesionales como jueces de paz; hombres y mujeres que nunca han pasado por la Facultad de Derecho ni han obtenido el título de abogado.

Mucho se ha discutido sobre la calidad de la justicia de estos tribunales inferiores. Se ha hablado de procesos en serie y cosas semejantes. Maureen Mileski estudió hacia el año 1970 el funcionamiento de un tribunal penal inferior en «una ciudad mediana del Este». En aquel tribunal, el 72% de las causas se despachaba en unos minutos o menos. En otras palabras «los enfrentamientos rutinarios de la policía con los ciudadanos en la calle duraban, de promedio, mucho más que los enfrentamientos ante el tribunal»[1]. Es fácil de entender el por qué esta «tosca justicia» es objeto de tantas críticas.

Los tribunales de pequeñas reclamaciones también han tenido que oír lo suyo. El primero de estos tribunales se estableció en Cleveland en 1913, como una sección del juzgado municipal. La idea se extendió rápidamente. Se adujo que estas instituciones harían las veces de tribunales de los pobres; baratos, fáciles de utilizar, sin abogados ni artimañas legalistas. En muchos aspectos estos tribunales han tenido un éxito espectacular; cientos de miles de demandas se ven, cada año, en los tribunales de pequeñas reclamaciones.

Cuestión muy distinta es la de si realmente su justicia ha beneficiado a los pobres. En la década de 1960, algunos estudiosos levantaron serias críticas contra estos tribunales. Estos tribunales han venido a ser un ejemplo más de cómo la balanza de la justicia se ha inclinado contra los pobres. No fueron tribunales *para*, sino *contra* el trabajador. En esencia, eran oficinas recaudadoras para los comerciantes; «tribunales de pobres», sólo en el sentido de que el pobre era llevado a rastras ante el tribunal y, en una «atmósfera intimidante» se le obligaba a «enfrentarse a un acreedor poderoso» o a un arrendador o al gobierno[2].

Desde 1960 se vienen publicando numerosos estudios sobre estos tribunales; la mala propaganda que han tenido ha llevado, en estos últimos años, a algunos estados y ciudades, a unir sus esfuerzos. El objetivo es devolver a estos tribunales lo que se supone era su primitiva función. Nueva York, por ej., no permite a las agencias de recaudación, corporaciones o compañías de seguros, que acudan a los tribunales de pequeñas reclamaciones. En muchos de ellos, los oficiales ayudan a los justiciables a rellenar los formularios y algunos incluso dan algún consejo jurídico a los aturdidos litigantes[3].

El siguiente grado de la pirámide lo forman los *tribunales de primera instancia;* son los tribunales básicos de primer grado de nuestra comunidad. Estos conocen de casos civiles más «importantes» que los que se ven en los tribunales de inferiores (esto es, cuando hay más dinero en juego). Estos tribunales también juzgan delitos graves —no simples casos por borrachera o por haber pisado el césped del parque—, sino robos, raptos, homicidios y asesinatos. Estos tribunales no son tan numerosos, pero tienden a ser más profesionales.

Los jueces son siempre juristas. La atmósfera es más digna, más solemne. Hay mucho más personal fijo y permanente.

Los tribunales de primer grado suelen tener jurisdicción sobre más personas y territorio que los tribunales de policía o municipales. En muchos estados hay un tribunal de estos por condado. (En los condados con una gran población, el tribunal puede dividirse en «secciones»). No existe en Estados Unidos un nombre uniforme para estos tribunales básicos de primer grado. En algunos estados se les llama «tribunales itinerantes» o de «circuito»; en otros, «tribunales de distrito». En California toman el nombre de «tribunales superiores». En Nueva York, debido a un apelativo curiosamente equívoco, el tribunal básico de enjuiciamiento se llama «tribunal supremo»; en cambio, el más alto tribunal del estado es el «tribunal de apelación».

Sólo un pequeño porcentaje de casos registrados en los tribunales pasan por todas las fases del juicio; la gran mayoría se solucionan al margen del tribunal o se desisten, transaccionan o se ven sumariamente. Sin embargo, cada año hay miles de casos que hacen todo el recorrido, ya sea en juicio con jurado, ya sea con un solo juez (el llamado juicio por Magistrado). En California, por ej., en el año fiscal 1980-81, los tribunales superiores despacharon 584.300 casos. Sólo el 11,1% fueron con oposición; la mayoría de estos últimos se juzgaron por un Magistrado. Solo el 1,3% fueron a parar al jurado; esto representa algo más de 7.500 juicios[4].

En los juicios con oposición hay, desde luego, ganadores y perdedores, el perdedor puede tirar la toalla, y muchos lo hacen, o puede continuar la pelea y «apelar». El término «*apelar*», en lenguaje ordinario, significa llevar el caso al tribunal superior; a un *tribunal de apelación*, colocado más arriba en la pirámide judicial. Ordinariamente, el tribunal de apelación no vuelve a recorrer todas las etapas del juicio (no enjuicia el caso «ex novo»; esto es, otra vez de nuevo). Pero el juicio «ex novo» no es completamente desconocido. El perdedor en un pequeño juzgado —un juzgado de paz, por ej.— puede replantear su caso ante el tribunal superior; en tal supuesto, el juicio se suele volver a ver de nuevo. Pero, excepto en estos asuntos de pequeños juzgados, el apelante no consigue más que una revisión limitada del juicio anterior. El tribunal superior sólo examina algunos aspectos del caso; ciertas partes del juicio en busca de errores.

Imaginemos, por ej., que se juzga a alguien por asesinato y el Jurado emite un veredicto de culpabilidad. Es casi seguro que el defensor apelará, pero ¿con qué base? El tribunal de apelación no volverá a convocar al jurado, no practicará nuevas pruebas, ni siquiera volverá a examinar las ya practicadas. El acusado (más bien sus abogados) tendrán que buscar algún «error» que denunciar, algo que se haya hecho mal en el juicio. Quizás alegue que el juez permitió al jurado examinar pruebas impertinentes o irrelevantes; o que el juez dio instrucciones erróneas al jurado; o que el juez prejuzgó el fallo, etc. El tribunal de apelación examinará cuidadosamente estos puntos. Pero no intentará especular sobre la decisión del jurado. No volverá a fijar los hechos. Asimismo, en los casos civiles, la constatación de hechos (en términos generales) no volverá a revisarse.

En estados con poca población, como Idaho o Rhode Island, el que pierde el juicio puede apelar directamente al máximo tribunal del Estado, llamado normalmente, tribunal supremo. En otras palabras, si contamos al tribunal de primer grado como el primer nivel, estos estados tienen un sistema de «doble nivel». En estos pequeños estados, el tribunal supremo oye a todo el que quiere apelar; el tribunal no selecciona los casos ni escoge a los mejores o más importantes; los coge todos. En estos estados apelar es «un derecho».

El sistema funciona muy bien en Idaho, pero difícilmente podría hacerse en un estado como California, que tiene más de 20 millones de habitantes y una enorme red de tribunales dictando sentencias continuamente. Si a todo aquel que pierde un juicio en California le dejaran apelar «por derecho», el tribunal supremo quedaría completamente colapsado. No sorprende, por tanto, que California, al igual que otros estados de población grande o mediana, haya establecido el sistema de los «tres niveles». Entre los tribunales de primer grado y el tribunal supremo hay una capa de tribunales intermedios. La mayoría de las apelaciones van al nivel intermedio y allí terminan.

En el sistema de tres niveles, el más alto tribunal tiene un gran poder discrecional; normalmente puede decidir qué casos va a oir y cuáles va a rechazar. En este sistema todo el que pierde un juicio tiene derecho de apelar, al menos una vez. Es como darle un mordisco a una manzana. No tiene derecho, normalmente, a ser oído por el *más alto* tribunal. Este privilegio se reserva para aquellos que convencen al tribunal de que su caso es importante. Hay, en muchos estados, determinadas excepciones legales. Por ej., un hombre o mujer sentenciados a muerte pueden, automáticamente, ver revisado su juicio por el más alto tribunal. Así sucede en California[5]. En Ohio, los casos constitucionales también van directamente a la cima[6]. Pero en general, en los estados con tres niveles, el tribunal superior puede

filtrar el volumen de asuntos, lo cual tiene consecuencias importantes en la política judicial[7].

Con tal libertad y poder ¿cómo decide el alto tribunal los casos que va a conocer? Los jueces escogen, obviamente, aquellos casos que consideran importantes. (los criterios sobre lo que es o lo que no es imporante tienden a cambiar con los años). Cuanto más crece la población, más aumenta el clamor popular para hacerse oir; los tribunales han de seleccionar y ser estrictos si no quieren naufragar en un océano de papel. En 1950 hubo 130 peticiones de venia para apelar al tribunal supremo de Illinois; en 1978 hubo 989; un salto enorme. De hecho, el tribunal decidió, con sentencia motivada, menos casos en 1978 que en 1950 (195 frente a 253). Illinois es un estado con tres niveles judiciales. En 1978, la mayoría de las personas que apelaron tuvieron que conformarse con los tribunales del nivel intermedio[8]. El tribunal supremo se ocupó de un selecto grupo de casos escogidos por su significación judicial o social.

Los *tribunales federales* también están organizados en tres niveles. Les falta, sin embargo, el nivel inferior de base. No hay tribunales de pequeñas reclamaciones ni jueces de paz federales (aunque el tribunal superior del Distrito de Columbia tiene una sección de pequeñas reclamaciones y conciliaciones). En los estados, el nivel federal inferior es el Tribunal de distrito; este es el tribunal federal básico para el enjuiciamiento. Los otros dos niveles, los *tribunales de circuito* y el *tribunal supremo de los Estados Unidos* se limitan, en general a las apelaciones.

Esto no siempre ha sido así. Hoy en día damos por sentada la estricta separación entre los tribunales de enjuiciamiento y los tribunales de apelación. Esta distinción no era tan clara a principios del siglo diecinueve. Los jueces de los tribunales superiores, estatales y federales, a menudo también celebraban juicios. Incluso los Magistrados del Tribunal Supremo de los Estados Unidos ejercían también como jueces itinerantes o de «circuito». A cada magistrado le era asignada una determinada región del país. Cada año el juez hacía su circuito itinerante e iba viendo las causas. Esta carga no fue suprimida hasta finales del siglo diecinueve. En 1891, el Congreso convirtió en opcional este trabajo itinerante; el trabajo de circuito fue menos frecuente. En el siglo veinte fue completamente abolido.

Hay, aproximadamente, un centenar de tribunales de distrito federales. Cada estado tiene, al menos, uno. En los estados más pequeños, el distrito está formado por todo el estado; en los mayores suele haber más de un distrito. Por ej. San Francisco está en el distrito

Norte de California; Los Angeles, en el distrito Sur. Puede haber, desde luego, más de un juez en un distrito (imaginemos qué sería un sólo juez para toda la región de Los Angeles (!)); no obstante, cada caso es juzgado por un único juez que actúa sólo.

El siguiente escalón lo constituye el nivel de los tribunales de apelación de los Estados Unidos; los tribunales de *circuito* federales. Durante muchos años hubo diez tribunales de esta clase. El Congreso, recientemente, creó el decimoprimero, partiendo en dos el antiguo Distrito Quinto, que se extendía desde Florida hasta Texas y había aumentado muy rápidamente de población. Los tribunales de circuito, contrariamente a los tribunales de distrito, no son unipersonales. Los jueces administran justicia formando sala de tres. El número total de jueces varía y va desde cuatro, en el Circuito primero (este circuito abarca Massachusetts, New Hampshire, Maine y Puerto Rico), hasta veintitrés en el Circuito Noveno; un circuito gigante que incluye a California, a ocho estados más del Oeste, a las isla de Guam y a las Marianas del Norte. Si una causa es lo bastante importante, la oirá no una sala, sino «el pleno», esto es, todos los jueces del distrito. (En el Circuito Noveno, como caso excepcional, «el pleno» no significa todos los jueces, sino un número importante de ellos; en ese caso la Magistratura en pleno resultaría excesivamente complicado). En muchos casos, ciertamente, en la gran mayoría, los tribunales de circuito son el final del trayecto. Por encima de ellos se divisa, con toda su majestad, el *Tribunal Supremo de los Estados Unidos*. Es, ciertamente, un privilegio, obtener una vista en este Tribunal. El Tribunal Supremo se halla en la cima de la pirámide de los tribunales estatales superiores cuando se trata de cuestiones federales importantes; normalmente, cuestiones que conciernen a la Constitución federal. El Tribunal sólo tiene nueve magistrados; y su volumen de trabajo es importante. Tiene que ser dueño de su tiempo y su trabajo; y lo es. De hecho, sólo algunos de los casos que llaman a sus puertas consiguen entrar. En 1974 se registraron en este Tribunal 3.661 casos, (la cifra fue de 417 para 1880). El Tribunal sólo vio un pequeño porcentaje de ellos; los demás fueron rechazados. Hubo 2.500 peticiones al Tribunal sólo para que este reclamase* los autos a los diversos Tribunales de apelación de los Estados Unidos. Esta reclamación es

---

* «Certiorari», en el original. Y es «una resolución dirigida a un tribunal ordenándole que certifique... sobre alguna materia de índole judicial. Se utilizó para sacar las causas civiles o los sumarios de los tribunales inferiores de instrucción y pasarlos al Alto Tribunal para poder ser enjuiciados mejor o, en caso de abuso o error, juzgados de nuevo» (Osborn's: «Concise law...». ob. cit. p. 67) (N. T.).

una orden que el Tribunal Supremo dirige a un tribunal inferior para que éste eleve la causa para ser revisada. El Tribunal sólo otorgó 158 órdenes de ésta clase, o sea, un poco más del 6%[9]. Los demás solicitantes tuvieron que irse con las manos vacías.

El Tribunal Supremo controla en gran parte su propia agenda de trabajo. Pero, al igual que los tribunales superiores de los estados, no siempre ha tenido una posición tan privilegiada. Cien años atrás, su volumen de trabajo incluía muchos casos más bien prosáicos; casos sobre contratos ordinarios o sobre propiedad, apelados en los territorios o en el Distrito de Columbia o en tribunales federales inferiores. Ello ya no es así. Y sin embargo, incluso en nuestros días, este tribunal no es un tribunal de apelación auténticamente puro. El Tribunal ve algunos casos en «primera instancia»; casos que van directamente al Tribunal Supremo, sin paradas en el trayecto. Así lo dispone la Constitución. Los casos que «afecten a Embajadores u otros Ministros o Cónsules y aquellos en que un estado tenga que ser parte» pertenecen, ya en primera instancia, a la jurisdicción del Tribunal[10]. Según este artículo, el Tribunal podría, por ej., ver un caso de litigio de fronteras entre dos estados. Un ejemplo de un caso visto directamente por el Tribunal Supremo fue la interminable disputa entre Arizona, California y otros estados sobre cuánta agua podría sacar cada uno del río Colorado y sus afluentes[11].

Algunos estados atribuyen competencia a sus tribunales superiores para que puedan conocer, en primera instancia, de casos de diversas clases. En Nebraska, por ej., el Tribunal Supremo es competente para dictar ciertas resoluciones de carácter extraordinario y conocer en primera instancia de los «casos relativos a la renta; casos civiles en los que el estado sea parte... (e) impugnaciones electorales que afecten a funcionarios del estado que no sean miembros del legislativo»[12].

Hemos descrito la estructura de los tribunales estatales y federales de una forma simple, casi idealizada. En muchos estados hay singularidades o añadiduras. La estructura judicial puede ser muy compleja; cuánto más nos remontemos en el curso de la Historia, más confusa es la situación. Cierto número de estados han intentado reformar su sistema judicial; hacerlo más original y diáfano. Arthur T. Vanderbilt (1888-1957) Presidente de la Magistratura de Nueva Jersey desde 1947, emprendió la notable y afortunada tarea de reformar el sistema judicial de su estado, que era totalmente obsoleto. Sin embargo, muchos estados han conservado multitud de tribunales especiales, verdaderas reliquias del pasado. Estos tribunales son de

muy variadas formas y maneras. Georgia, por ej., tiene unos tribunales sucesorios independientes que se ocupan de los asuntos relativos al testamento y propiedades del causante. (En California, estas mismas cuestiones las resuelven determinadas secciones del Tribunal superior; esto es, del tribunal general u ordinario). Delaware se distingue por haber conservado una tradición muy antigua: los tribunales de equidad, que deciden casos según la «equidad». En otro tiempo era esta una fórmula ordinaria, pero los demás estados han unido, desde hace mucho, el «Derecho y la equidad» en un único sistema de tribunales; Nueva York unificó sus dos clases de tribunales en 1848. En algunos estados hay, además, tribunales de menores o de familia, distintos de los tribunales ordinarios. Massachusetts tiene un tribunal inmobiliario para conocer casos de ejecuciones hipotecarias, deshaucios, títulos de propiedad y otras materias urbanas y de derecho inmobiliario. Boston tiene su propio Tribunal Especial Urbano. Michigan tiene un Tribunal de lo «contencioso-administrativo», para las demandas contra el estado. Algunos estados separan los casos civiles de los penales (en Missouri, está el Tribunal Correccional de San Luis). Ya hemos mencionado a los tribunales municipales, de tráfico y de pequeñas reclamaciones. Incluso en la organización federal hay un tribunal especial para apelaciones en materia de aranceles y patentes; un tribunal contencioso-administrativo y un tribunal fiscal (que técnicamente no es, en absoluto, un tribunal, pero que en la práctica es como si lo fuera)[13]. En el planteamiento de los sistemas judiciales hay una cierta pugna entre la simplicidad y la flexibilidad, por una parte, y la especialización funcional (que también tiene sus ventajas), por otra.

Los jueces

Los jueces en Norteamérica son, en su inmensa mayoría, juristas; la única excepción es la de unos pocos jueces de paz o similares que todavía tienen unos cuantos estados. Son los últimos supervivientes de lo que en otro tiempo fue una vasta multitud de jueces profanos. Básicamente, por tanto, todos los jueces son juristas, pero sólo un pequeño porcentaje de juristas son o serán algún día jueces. ¿Quiénes son y de dónde vienen? En los países de Derecho civil, como Italia o Francia, la judicatura es una carrera independiente. Los jueces son funcionarios extraídos de las primeras etapas de la práctica forense, formados por la preparación y la experiencia. La persona que quiere ser juez ha de competir con otros en algún tipo

de oposición al salir de la Facultad de Derecho (o después de algún periodo de prácticas). Los que aprueban el examen se convierten en jueces. Probablemente serán jueces hasta el final de su carrera. Los principiantes comienzan en puestos para principiantes; los jueces de mayor prestigio ascienden a los tribunales mejores y más altos. Normalmente un juez en activo nunca ha ejercido ni ejercerá la profesión de abogado[14].

En los Estados Unidos la situación apenas podría ser más diferente. Los jueces americanos son abogados, clara y simplemente. Se trata normalmente de abogados que son o han sido políticos.

Un estudio sobre los jueces de los tribunales de apelación de los Estados Unidos demostró, por ej., que cuatro de cada cinco jueces habían estado en la «política activa» en algún momento de su carrera[15]. En los tribunales de los estados se da exactamente la misma situación. Los jueces suelen ser miembros fieles de un partido; la plaza de juez es la recompensa por los servicios políticos prestados. Se supone que también son buenos abogados y que tienen aptitud por la judicatura. De hecho, ello se tomará o no en cuenta según de quien se trate y quien tenga que elegirlos.

La naturaleza política de la judicatura resalta en el hecho de que, en la mayoría de los estados, los jueces no son funcionarios designados por una plaza, sino que son elegidos en votación. Se presentan formando parte de una candidatura ordinaria y, en muchos casos, tienen que figurar inscritos en algún partido; es decir, presentarse como Demócratas o como Republicanos. La idea de elegir a los jueces choca muy particularmente a los europeos; les parece tan extravagante como si eligiéramos a los médicos, los policías o los farmacéuticos. Sin embargo, el principio electivo se remonta a muchos años atrás en la Historia de los Estados Unidos. Fue, desde luego, desconocido en el período colonial; empezó a cobrar importancia poco después de la guerra de la Independencia y se convirtió en una tendencia muy marcada en la primera mitad del siglo diecinueve. En 1777, en Vermont, se empezó a elegir a los Jueces de los tribunales inferiores; en Georgia, en 1812. En 1832 Mississippi decidió elegir a todos sus jueces; Nueva York siguió en 1846.

¿Porqué elegimos a los jueces? La elección de los jueces se basa, fundamentalmente, en la misma teoría que justifica el que se elija a los gobernadores o a los miembros del Congreso; en hacer a los jueces responsables ante los ciudadanos. Es precisamente porque los jueces proceden del campo político —porque *no se parecen* a los fríos funcionarios de Francia o Italia— que se creyó necesario alguna

especie de control público. Sin embargo, el sistema de elección no ha funcionado tan bien como se esperaba. Por ej., en la mayor parte de los estados han sido pocas las elecciones realmente reñidas. Las elecciones han sido cada vez más blandas e incoloras. Los jueces en activo no suelen perder, con independencia del partido al que pertenezcan. Han existido, evidentemente, notables excepciones. El Presidente de la Magistratura de Illinois, Charles B. Lawrence, fue derrotado en 1873.

El principio electivo nunca fue universal. Siempre hubo algunos estados en los que el gobernador designaba a los jueces (a veces con la aprobación del legislativo). Massachusetts, por ej., no adoptó nunca el sistema electivo. Sin embargo, la excepción principal se ha dado y se da en el ámbito federal. Según la Constitución, el Presidente nombra a los Magistrados del Tribunal Supremo de los Estados Unidos «a propuesta y con el consentimiento del Senado»[16]. El Presidente, también con el consentimiento del Senado, nombra a todos los demás jueces federales. Este ha sido el sistema desde 1789. Los senadores juegan en la política un papel muy importante. La tradicional «cortesía senatorial» concede a los senadores un peso considerable para poder escoger a los que van a ser jueces federales en sus respectivos estados. Una vez nombrado y confirmado, el juez federal no tiene un mandato limitado; no hay un término fijo a su cargo. Lo ejerce «mientras observe buen comportamiento», como dice la Constitución.

En la práctica, ello significa que los jueces federales tienen asegurado el cargo de por vida o, al menos, hasta que cesen voluntariamente. Según la Constitución, la única manera de cesar a un juez federal es por motivos de «traición, corrupción u otros graves delitos y faltas». Ello es difícil y raro. Un juez senil o alcohólico —o un perfecto demente— tienen derecho, en teoría, a seguir en la carrera judicial hasta la muerte. Evidentemente, el sistema tiene sus inconvenientes, pero con él se pretende garantizar que los jueces sean independientes, imparciales y libres de presiones políticas. Esto bien vale el precio de tener, de vez en cuando, algún juez achacoso o inservible. La mayoría de los observadores de la historia judicial así lo entienden.

No es, ciertamente, desdeñable, la potestad de designar a los jueces; el Presidente trata de designar a los hombres y mujeres que están de acuerdo con su política. Ello es así, especialmente, en los nombramientos para el Tribunal Supremo. No obstante un juez, después de haber tomado posesión, puede plantarle cara al Presidente y a su

programa; no hay medio ni manera de echarle; no puede ser eficazmente sancionado. Dwight Eisenhower llegó a arrepentirse de haber nombrado a Earl Warren como Presidente del Tribunal Supremo; por este motivo vino a sumarse a la larga lista de Presidentes que se sintieron traicionados por hombres que ellos mismos habían colocado en la Magistratura, y, desde luego, los jueces que viven muchos años siguen ejerciendo largo tiempo después de haber cesado el Presidente que les designó.

Hay cada vez un número mayor de estados que empiezan a abandonar el principio electivo puro. En el siglo veinte algunos estados han adoptado el llamado plan Missouri. Según este sistema el Gobernador designa a los jueces, pero su elección es restringida. Una comisión formada por abogados y ciudadanos hace una lista de nombres que se entrega al Gobernador. El Gobernador tiene que escoger a uno de esta lista. El juez elegido ejerce hasta las nuevas elecciones; entonces debe presentarse a la reelección de su cargo. Esto es, no se *enfrenta* a nadie; a los ciudadanos se les pide simplemente que digan sí o no. Al no competir con nadie, los jueces en ejercicio no pierden casi nunca la elección. La Presidente del Tribunal Supremo de California, la controvertida Rose Bird, estuvo a punto de perder el puesto en 1978; también otros Magistrados de California, designados por el Gobernador Edmund Brown Jr., obtuvieron la victoria con dificultad en noviembre de 1982, pero esta peculiaridad californiana es bastante excepcional.

¿Porqué los jueces en ejercicio pierden tan raras veces la reelección, incluso en estados que carecen de un plan como el plan Missouri? Las elecciones a jueces son consideradas de tono menor. Es duro hacer campaña electoral contra un juez en ejercicio. El recién llegado que pretenda derrotar a un juez todavía en ejercicio tiene que hacer maravillas. El candidato, contrariamente a los candidatos al Congreso o al Senado, no puede, de hecho, hacer promesa alguna. Después de todo no resulta correcto opinar sobre situaciones que pueden presentarse en los tribunales. El juez ejerciente se esconde, como un santurrón, detrás del manto de la ley; no defiende sus sentencias, sino que alega que estaba cumpliendo con su deber; precisamente aplicando «la ley». Casi lo único que puede decir el candidato aspirante es que él podría hacerlo mejor. Mientras tanto, el conjunto del electorado ni sabe mucho de estas elecciones ni de sus candidatos, ni parece preocuparle siquiera. Hay signos, no obstante, de que el proceso se está volviendo algo más político. Entre 1916 y 1973 nunca había habido, en Nueva York, una verdadera lucha por

el cargo de Magistrado-Presidente del Tribunal de apelación (el tribunal más alto del Estado). Los candidatos «siempre se habían turnado, con la amable bendición, de Demócratas y Republicanos»[17]. En 1973, Jacob Fuchsberg se presentó a las elecciones disputando el cargo a Charles Breitel; fue una mala pasada que se hizo al Colegio de Abogados. Breitel, el candidato favorito, ya ejercía en el Tribunal de apelación. Venció a Fuchsberg; pero en 1974, Fuchsberg lo intentó de nuevo. Esta vez consiguió una plaza en el Tribunal como Magistrado sustituto. Ambas campañas fueron duras y amargas. Estuvieron rodeadas de mucha publicidad. Ello acercó más el cargo a los ciudadanos, lo cual, a la larga, puede ser bueno. También las recientes elecciones de California y la tempestad desencadenada en torno a la Presidenta Bird atraen la atención de la gente hacia la Magistratura; ello hace que los jueces sean publicamente más vulnerables que en el pasado. No es probable, sin embargo, que las elecciones judiciales lleguen a estar tan politizadas como las elecciones a Gobernador o a parlamentario. Existe la profunda creencia de que los jueces, de alguna manera y en algún sentido, deben permanecer al margen de los partidos políticos. Es más; los jueces elegidos están menos comprometidos con el electorado y con los líderes políticos que los demás cargos electos. Y nadie, excepto el electorado —ni siquiera el Gobernador ni el Parlamento— puede, en modo alguno, destituirles, mientras observen buen comportamiento y no incurran en incapacidad. Se supone que los jueces deben ser independientes, y resultan serlo en grado sorprendente.

Ello no significa que actúen al margen de la opinión pública; fuera de las fuerzas sociales; que estén libres de las exigencias de la sociedad. Ello sería imposible, y no deseable. Significa que el «régimen» no domina a la Magistratura como sucede, desgraciadamente, en los países totalitarios. El juez soviético que fallara un caso importante en contra de los deseos del Gobierno; que absolviera a un disidente o que ordenase al régimen otorgar mayores derechos cívicos, perdería su puesto y se encontraría con un billete de ida a Siberia. Esto, sencillamente, no sucede en América. La Administración pierde cada año decenas de casos importantes; el régimen es duramente vapuleado, pero tiene que tomárselo con calma.

El trabajo de los Tribunales: Procedimiento y Substancia

Tribunales de enjuiciamiento. Hemos trazado un bosquejo en la organización de los tribunales. Pero ¿qué hacen realmente los tribu-

nales de enjuiciamiento y como actúan? No es fácil generalizar, desde luego. Cada estado tiene sus propios códigos de procedimiento; sus propias leyes sobre como iniciar los procesos y como proseguirlos y terminarlos. En teoría cada estado es libre de elaborar sus propios procedimientos especiales. De hecho, los sistemas procesales estatales tienen mucho en común. Por ej., las Leyes Federales de Procedimiento Civil han sido un modelo a seguir. Estas leyes federales se promulgaron en 1938. Alrededor de unos treinta y cinco estados las han adoptado para uso local. Por lo demás, todos los estados (excepto Louisiana) forman parte de la tradición del «common law» y todos son parte de la misma sociedad (ahora incluyendo a Louisiana).

La tradición del «common law» pone fuertemente el acento en la «oralidad». Los tribunales del «common law» prefieren la palabra hablada al documento escrito. No es que los tribunales sean refractarios a los papeles. Por el contrario, nadan entre papeles; en muchas causas se presentan cajas y más cajas de «prueba documental», deposiciones y documentos de todas clases. (Una deposición es, básicamente, la declaración de un testigo trasladada a un documento; se utiliza, por ej., para obtener el testimonio de personas incapacitadas, enfermas o imposibilitadas por la distancia para acudir en persona a la sala de audiencias). Los documentos son indispensables, pero la palabra viva constituye todavía la base fundamental del proceso del «common law»; el testimonio fresco que sale de la boca de testigos vivos, que respiran, que se hallan de pie o sentados a plena vista en la sala, preguntados y repreguntados por los abogados. Es un sistema tan familiar y está, tan arraigado, que no podemos imaginarlo de otro modo; los americanos encuentran sorprendente que haya otras formas de celebrar juicios; que existan sistemas en que, básicamente, los jueces procedan a base de manejar papeles y documentos.

Por lo demás, nuestro sistema recibe el nombre de sistema, acusatorio. Significa que las partes (y sus abogados) controlan el caso. Planifican la estrategia; aportan las pruebas y las presentan al tribunal. Las dos partes rivalizan, en especial, llevando testigos a los estrados y haciendo preguntas. Los abogados (o los equipos de abogados), son los principales protagonistas del drama de la audiencia. El juez se sienta en estrados y hace, más o menos, el papel de árbitro. Mira que las dos partes cumplan las reglas del juego. No va más allá. Cuando hay jurado, el juez no decide el punto principal de quien gana o pierde el juicio. Eso es cosa del jurado; el juez cuida del desarrollo del juicio; «instruye» al jurado; esto es, le dice qué normas legales tienen importancia para la causa. Salvo cuando el caso está

tan claro que no queda practicamente nada por decidir, la sentencia se deja al Jurado; el juez tiene que aceptarla, tanto si le gusta y la comparte como si no. Harry Kalven y Hans Zersel, que llevaron a cabo un importante trabajo sobre los juicios con jurado en causas criminales, sostenían que, de haber sentenciado un juez, lo hubiera hecho en sentido distinto en un caso de cada cuatro[18].

El sistema acusatorio nos es del todo familiar. No todo el mundo sabe su nombre ni puede describirlo, pero todos los reconocen cuando lo ven en libros, películas o en la T.V. El sistema acusatorio es el sistema de la representación dramática en la audiencia; con abogados que hacen gala de su arte ante un jurado absorto. Es el sistema de Perry Mason y de otros personajes de ficción. El de Paul Newman en «El Veredicto». Nos es difícil imaginar otro método.

Sin embargo, no es, desde luego, la única forma de celebrar juicios. Los jueces del sistema de Derecho Civil, por ej., no utilizan el sistema acusatorio. Los sistemas son *inquisitivos**. En Francia, Alemania o Brasil los jueces juegan un papel mucho mayor en la instrucción y fallo del caso; investigan los hechos, resumen las pruebas e intentan llegar al fondo de la cuestión. Históricamente, en los sistemas de Derecho Civil no se utilizaba jurado y los abogados no tenían un papel tan preponderante en la audiencia como sucede en los países del «common law».

Los dos sistemas —el acusatorio y el inquisitivo— parecen tan distintos como el día y la noche. Se ha llegadó a discutir mucho sobre cual de ellos es mejor. No debe sorprendernos que los juristas de los países del «common law» prefieran su propio sistema. La misma palabra, «*inquisitivo*», da mal sabor de boca a las personas de habla inglesa. Nuestros juristas piensan que el sistema acusatorio es la única forma correcta de celebrar un juicio; la única manera de dar a cada parte su oportunidad. Si dejamos que cada parte pueda competir, argumentar e interrogar, la justicia y la verdad saldrán, casi siempre, ganando. Los juristas europeos adoptan normalmente un punto de vista distinto. El sistema acusatorio les parece primitivo y, a menudo, injusto. Los juicios contradictorios, dicen, degeneran en batallas que plantean los abogados conflictivos mientras la verdad permanece oculta en el proceso. *Su* sistema resalta el trabajo de los

---

*En la actualidad, en Europa Occidental, no existe practicamente el sistema inquisitivo, sino un sistema mixto; es decir, con una fase previa inquisitiva (sumario) y el verdadero juicio oral que sigue el sistema acusatorio (ya utilizado en D.º Romano); es decir, corresponde a la acusación el demostrar que el acusado es culpable (N. del T.).

profesionales honrados; es decir, de los jueces. Es más eficiente, más imparcial, más justo.

De hecho, el sistema acusatorio es mucho menos acusatorio de lo que cree la gente; y el inquisitivo no es tan inquisitivo. El juez americano no siempre carece de ayuda ni permanece siempre neutral. *Lleva* el juicio por caminos llanos y sútiles a la vez. Algunos tribunales especializados (por ej. los tribunales de familia) están muy lejos del sistema acusatorio; sus jueces intervienen activamente y los abogados raras veces o nunca aparecen ante el público. Los poderes de los jueces de estos tribunales han sido, de hecho, objeto de muchas críticas; y algunos tribunales (los tribunales de menores por ej.) se han vuelto más «legales» (esto es, han hecho mayor uso del principio acusatorio) en los últimos años.

Todavía es más importante el hecho de que la mayoría de las causas no lleguen nunca a juicio; que se solucionen fuera del tribunal. Lo que cuenta en esos casos es lo que sucede fuera de la sala de vistas; en los pasillos, en los bufetes de los abogados y en los despachos de los jueces. Esto puede ser igualmente cierto para los litigios de los países de Derecho Civil. Por éstas y otras razones, algunos estudiosos creen que ambos sistemas tienden a converger.

Una nota sobre la equidad. Tenemos que hacer ahora una pequeña disgresión para explicar una de las características más curiosas de nuestro pasado jurídico; una peculiaridad que sorprendentemente, aún hoy tiene significado. La Inglaterra medieval, que incubaba el «common law» también utilizaba, al mismo tiempo, un sistema totalmente distinto; con sus propios tribunales, normas y procedimientos. Se trata de los tribunales del Canciller; es decir, los tribunales de la «Cancillería». Las normas y los procedimientos de la cancillería dieron lugar al llamado proceso de *equidad.*

Los orígenes del proceso de equidad son obscuros[19]. En la Edad Media, el Canciller era uno de los más altos oficiales del Rey. Tenía importantes funciones administrativas; también era clérigo; sabía leer y escribir y se encargaba de dictar «los mandamientos» que servían para iniciar el proceso. A veces también oía las quejas que se le formulaban en caso de una injusticia; y, como representante del Rey, en alguna ocasión, ejercía su poder para flexibilizar un poco las normas jurídicas; reparar alguna injusticia o prevenirla. En los siglos dieciséis y diecisiete, el proceso de equidad se había convertido en un fuerte contrincante del «common law». No se trataba sólo de una diferencia de leyes aplicables; todo el conjunto del sistema era distinto. El Canciller no había estado nunca inmerso en el «common

law»; si algo conocía era el Derecho de la Iglesia (Derecho canónico) por el que estaba influenciado. El Derecho canónico era Continental, Derecho civil, en definitiva. De ahí que el proceso de equidad se pareciese mucho más al Derecho europeo que al del «common law». Las actuaciones, por ej., se hacían por escrito, no oralmente y los tribunales de la Cancillería no utilizaban jurado.

El proceso de equidad, en muchos aspectos, era menos rígido que el del «common law». También lo eran algunos aspectos de su procedimiento. Por otra parte, ambos sistemas se complementaban. Sólo el proceso de equidad podía, por ej., expedir «mandamientos»; esto es, órdenes al demandado para que dejara de hacer algo injusto (o hiciera algo que se consideraba justo). Los tribunales del «common law» no tenían medio de dictar tales órdenes. Por otro lado, los tribunales del «common law» podían condenar al pago de indemnizaciones económicas; en el proceso de equidad no se podía. El sistema judicial inglés se componía, esencialmente, del proceso según la Ley *más* el proceso de equidad. Cada uno por separado era incompleto; juntos formaban un todo más satisfactorio.

Un ejemplo nos puede ayudar a aclararlo. Supongamos que alguien se queja del comportamiento del vecino de la casa de al lado. Resulta que tiene montada una industria en su propia vivienda. Para el sufrido vecino, tal negocio es perjudicial; olores nauseabundos y humos penetran en su propiedad y echan a perder su jardín; el ruido no le deja dormir por las noches; su finca, sin duda, ha disminuido de valor. Si acude a un tribunal de «Derecho» podrá obtener una indemnización para compensarle el daño causado por el vecino. Pero el tribunal de Derecho no podrá ni querrá obligar al vecino a cerrar su negocio. Si no lo cierra, habrá que volver una y otra vez al tribunal y en cada ocasión pedir daños y perjuicios por el mal causado.

Para poner remedio, de una vez por todas, habrá que buscar la solución en un proceso de «equidad». En este, el juez, que normalmente recibe el nombre de canciller, puede dictar un mandamiento ordenando al vecino que cese en sus prácticas ilegales o se atenga a sufrir las consecuencias. Hasta aquí, perfecto. Sin embargo, si primero se hubiese acudido al proceso de equidad en demanda de un mandamiento y de una indemnización por daños y perjuicios, el canciller, amablemente, hubiese denegado la indemnización. Para obtenerla, es preciso recurrir al proceso de «Derecho».

Como muestra el ejemplo, obviamente hay algo incongruente en un sistema dual como este. No es, ciertamente, ideal tener dos sistemas separados que funcionan con dos estructuras judiciales distintas.

En el pasado, los litigantes, solían necesitar de ambos sistemas para obtener justicia. Derecho y equidad coexistieron en los Estados Unidos, con alguna dificultad, hasta el siglo diecinueve. En esta época, la mayoría de los estados reformaron sus sistemas procesales y unificaron derecho y equidad. Desde entonces bastan unos mismos tribunales para proceder según ambos sistemas y han desaparecido muchas de las diferencias entre ellos. Ello no obstante, el viejo doble sistema ha dejado alguna reliquia. Todavía puede tener importancia saber si un caso habría sido de «Derecho» o de «equidad». Así, por ej., el proceso de equidad es sin jurado; si hoy en día un litigante pide jurado en un caso que, históricamente, hubiese sido un proceso de equidad, el tribunal se lo denegará.

Transacciones extrajudiciales. Las clases de procedimiento y las formas de celebrar los juicios tienen gran importancia en el sistema jurídico americano. Sin embargo, muchas de las demandas que se presentan no llegan nunca a juicio. Se apean del tren mucho antes. En los tribunales inferiores los acreedores presentan miles y miles de demandas para cobrar pequeñas deudas, recuperar la posesión de coches, de aparatos de televisión, de piezas de mobiliario; los arrendadores presentan miles de deshaucios y así sucesivamente. El noventa y nueve por ciento de las veces (o más), el demandado no aparece, no se defiende en absoluto. El demandante gana la sentencia dictada en «rebeldía del demandado». (Si el demandado debe dinero y carece de razón válida para no pagar ¿porqué va a comparecer?). Muchos de nosotros hemos pagado multas de aparcamiento mandando el dinero al tribunal de tráfico en calidad de «depósito». Puesto que no pensamos ir a juicio por tan «infame» delito, perdemos el depósito. Esto es lo previsto; la pérdida del depósito es precisamente la forma de cobrar una multa sin necesidad de juicio, disfrazandola con un nombre distinto.

Los ejemplos dados en el párrafo anterior son, sin embargo, minucias —peccata minuta— a los ojos de la ley. Pero lo que sucede en los tribunales ordinarios no es tampoco muy distinto. Miles y miles de parejas piden el divorcio; casi nunca existe oposición. Miles y miles de sucesiones pasan por los tribunales testamentarios sin impugnación ni controversia importante. La mayoría de las causas criminales, incluso las que se siguen por delitos graves, no llegan a juicio; los acusados se allanan a la acusación; esto es, se confiesan culpables como parte de un trato con la acusación. Se registran cada día miles y miles de casos de accidentes y sólo un pequeño porcentaje va a juicio. En el Condado de San Mateo, California, en los años 1970, sólo un 5% de los casos registrados por lesiones llegaron a la fase de jurado. Incluso en los tribunales federales, sólo el 8,7% de los casos civiles registrados en 1974 fueron a juicio[20]. En California, como ya dijimos, en 1980-81, casi nueve de cada diez casos registrados en el tribunal superior terminaron sin juicio.

De hecho, muchas cuestiones ni siquiera llegan nunca a entrar en el registro de un juzgado. Un concienzudo y reciente estudio sobre la litigiosidad y la composición de controversias nos lo demuestra. El estudio encuesta a unas familias seleccionadas de Carolina del Sur, Pennsylvania, Wisconsin, Nuevo Méjico y California para averiguar qué clase de problemas legales tiene la gente y cómo se solucionan. Los autores concluyen que, por cada mil asuntos por daños y perjuicios —la mayoría debidos a lesiones personales— sólo se producen 201 «reclamaciones» y sólo 38 de éstas reclamaciones llegan a alcanzar la fase del registro de entrada en un tribunal[21]. Por lo demás, la mayoría de esos 38 casos no llegan al jurado; se solucionan fuera o se transigen antes de llegar a juicio. De este modo, sólo alrededor del 0,33% de todos los asuntos, llega hasta el final.

Y sin embargo, la nuestra pasa por ser una sociedad litigiosa. El hecho es, sin embargo, que los tribunales sólo fallan con sentencia un escaso porcentaje de las posibles demandas. Son pocos realmente los asuntos contenciosos que maduran hasta llegar a juicio. El índice de supervivencia es parecido al de los millones de huevos que ponen los peces, las ranas y los insectos; de cada puesta, sólo unas pocas crías sobreviven.

¿Qué sucede, entonces, con las demás reclamaciones? ¿Porqué se entablan tan pocos procesos? ¿Por qué tan pocos llegan a la meta? La respuesta, en términos generales, es sencilla; los pleitos son arriesgados y caros. Normalmente, ambas partes pueden arreglarselas mejor transigiendo, y por ello transigen. En los casos de accidentes de coche interesa, a veces, a la compañía de seguros saldar la reclamación si le cuesta menos dinero del que tendría que pagar para ir a juicio y del que probablemente va a perder en él. También para el perjudicado es interesante transigir, aún si es por menos dinero del que puede ganar en un juicio. Ante todo, siempre hay el riesgo de perder. Y el propio juicio, así como, los abogados, le van a costar dinero, gane o pierda[22]. Para la mayoría de las pequeñas reclamaciones siempre es interesante el arreglo amistoso.

Esto significa que el «verdadero» Derecho relativo a los accidentes de coche no se aprende simplemente estudiando juicios y casos. El Derecho auténtico es el de los peritos de las compañías de seguros;

el de las negociaciones de los abogados y demás, aparte del Derecho que se aplica en la Sala de audiencias.

Cuando una mujer atropellada por un coche transige con la compañía del conductor, no podemos negar, desde luego, que el Derecho no haya influido en el resultado. La compañía de seguros y el abogado de la atropellada conocen perfectamente el Derecho. Mientras negocian, por sus cabezas dan vueltas los pronósticos jurídicos sobre el posible resultado del juicio, si llegan a él. Estos pronósticos afectan a los términos del acuerdo. Las partes negocian y llegan a un acuerdo por sí mismas, pero negocian, «a la sombra de la ley», empleando una frase corriente y expresiva[23].

El trabajo de los tribunales. ¿De qué clase de asuntos conocen, exactamente, los tribunales? Lo que sabemos sobre esta materia es, en términos precisos, realmente muy poco. Las estadísticas judiciales son, hablando en general, de una confusión decepcionante. Cada estado confecciona sus propias estadísticas; unas son mejores que otras; en cualquier caso resulta difícil poder comparar más allá de las fronteras de cada estado. Los estudiosos del Derecho no han hecho gran cosa para llenar este vacío. Sólo hay un puñado de trabajos que han intentado analizar el flujo de asuntos que pasan por los tribunales ordinarios; los pequeños juzgados arrojan todavía menos luz.

Esto nos puede parecer asombroso. Después de todo los tribunales no acostumbran a trabajar en secreto. Tratan con el público diariamente; la gente de la calle tiene contacto con ellos. Esta gente se forma, sin duda, una idea de lo que hacen los tribunales. También los jueces, los abogados y los empleados de los juzgados tienen su propia idea. Pero una cosa es tener una impresión y otra muy distinta tener un conocimiento correcto y exacto de los hechos. Cada día vemos a montones de personas, las miramos, las hablamos y tratamos con ellas, pero sin hacer un censo, nunca podríamos saber exactamente cuánta gente vive en este país, dónde viven, quienes son, etc. Tendríamos, desde luego, una impresión, pero las impresiones pueden ser, falsas, y mucho.

Por malas que sean, las estadísticas que se han publicado sobre el trabajo de los tribunales son un buen punto de partida. Dan una idea del volumen de trabajo de los tribunales. En Ohio, los asuntos comunes van a los tribunales de enjuiciamiento de la jurisdicción ordinaria. En 1975, prestaron servicio en estos tribunales 296 jueces en 88 condados. En todo el año se registraron por los litigantes 249.822 casos. Aproximadamente se reparten así: alrededor de 20.000 son casos de lesiones físicas (probablemente, casi todos, accidentes de coche). Hay 97.000 casos de «Derecho de familia», casi todos (80.000) son casos de divorcio, esto es, accidentes matrimoniales. Hay 81.000 casos bajo la rúbrica general de legalizaciones testamentarias; el tribunal tramitó 65.000 sucesiones de personas fallecidas y los restantes casos son sobre tutelas, fideicomisos y herencias de menores. Hay alrededor de 6.700 casos etiquetados como de «enfermedad mental» (lo más probable es que se trate de peticiones de internamiento en sanatorios mentales). Hay alrededor de 870 casos de indemnizaciones laborales (accidentes de trabajo). Quedan unos 42.000 casos varios —propiedad, contratos y otras materias— que no encajan en ninguna de las otras categorías. Todo esto por lo que respecta a la rama civil. El tribunal de asuntos comunes también vio 31.554 casos por delitos graves y 194 casos de jóvenes[24].

Las cifras de Ohio son, probablemente, bastante características. Cada estado tiene sus propias peculiaridades jurisdiccionales así como un método propio de contar y clasificar las causas. En algunos estados, por ej., hay tribunales especiales que se ocupan de testamentarias o de problemas de jóvenes. Las cifras publicadas sobre los tribunales de circuito de Florida son, sustancialmente, iguales a las de los tribunales de Ohio. Los tribunales de circuito de Florida también son tribunales ordinarios. En 1975 funcionaban veinte circuitos —con 272 jueces— en el estado. Vieron aproximadamente el mismo número de casos civiles que los tribunales de Ohio; alrededor de 254.000. De éstos, 34.000 estaban clasificados como «contractuales» y 24.000 se referían a derechos de propiedad (incluyendo 17.000 juicios hipotecarios). Por lo demás, el detalle de los diferentes casos es muy parecido al de Ohio. En términos cuantitativos, los accidentes de coche, los divorcios y las cuestiones testamentarias destacan notablemente.

Estos números son impresionantes. Sin embargo, el número de casos registrados en los juzgados inferiores es casi astronómico. En California, los tribunales de tráfico son secciones de los tribunales municipales ordinarios y en 1976-77 se llevaron la palma al registrar 14.970.216 casos. De éstos, el 58,5% (8.763.280) son casos de aparcamiento; otro 32% también está relacionado, de un modo u otro, con el tráfico. Otro 6% se compone de causas civiles, la mitad de las cuales son «pequeñas reclamaciones»[25]. Estas cifras dan, al menos, una idea del número impresionante de pequeños casos que llegan cada día a los juzgados inferiores. Son el plancton del océano del Derecho.

Lo que no nos dicen las cifras es cuanto tiempo y esfuerzo consume cada tipo de proceso en los diversos grados jurisdiccionales.

Los estados suelen contar el total de casos registrados, pero no el total de los que llegan a juicio (que, como sabemos, es muy inferior). Los divorcios sin oposición, por ej., hinchan mucho las cifras, especialmente en esta época del divorcio no culpable. Estos casos son cortos, rápidos y rutinarios. Una causa importante puede consumir más energía y efectivos que centenares de estos asuntos ya precocinados. Las frías estadísticas no dan mucho la impresión de que los tribunales sean organismos vivos.

Quizás obtengamos una imagen mejor partiendo de los (escasos) datos disponibles sobre el funcionamiento real de los tribunales. Estos confirman que gran parte de lo que hacen los tribunales es absolutamente rutinario. El divorcio no culpable, sin oposición, nos sirve perfectamente de ejemplo. Se empieza, a menudo, con una verdadera disputa. Un matrimonio se va a pique. El y ella discuten sobre los bienes —quien se queda con la casa, como hay que repartir el dinero de las cuentas— o sobre la custodia de los hijos o el derecho de visita. La mayoría de las personas solventan esos problemas mucho antes de presentar demanda al juzgado; o, en cualquier caso, mucho antes de que el asunto llegue al Juez. Las mismas partes suelen resolver estos problemas, a veces con la ayuda de los abogados. Son ellos (las partes y los abogados) quienes fallan realmente el caso.

Todos los datos confirman este punto. Los tribunales hacen un montón de trabajo administrativo y de rutina; estampan el sello en sentencias dictadas sin oposición y en transacciones extrajudiciales en un gran porcentaje de casos. La obra de Wayne McIntosh sobre el trabajo realizado por el tribunal de circuito de San Louis, entre 1820 y 1970, muestra claramente la preponderancia de los desistimientos y los juicios sin oposición. En 1970, ni siquiera un caso entre cinco necesitó llegar a juicio[26]. Cada día se ven en los tribunales miles de casos que un simple empleado —o una buena máquina— podrían resolver.

¿Han abandonado pues los tribunales su función histórica? Algunos autores así lo creen; otros estiman que las pruebas son contradictorias. Lo que si está claro es que, todo lo más, ello afecta sólo a los pleitos ordinarios. Pero hay una minoría de casos extraordinarios que están allí todavía; estos casos extraordinarios son, ciertamente, cada vez más numerosos. Y así, mientras unos piensan que los tribunales no hacen gran cosa, otros piensan que hacen demasiado.

Los tribunales de apelación. El trabajo de los tribunales de apelación es, en cierto sentido, más conocido que el trabajo de los tribunales de enjuiciamiento. Los altos tribunales publican sus sentencias; su rendimiento es, por tanto, como un libro abierto. Por lo demás, estas sentencias son objeto de estudio por los alumnos de Derecho; constituyen la materia prima con la que trabajan, muy a menudo, los abogados, para estar al corriente del Derecho en cada momento. Son también los altos tribunales los que ocupan las cabeceras de los periódicos (suponiendo que los periódicos quieran ocuparse frecuentemente de los tribunales). Ningún otro tribunal del mundo es el blanco de tantas miradas como el Tribunal Supremo de los Estados Unidos.

A pesar de todo, el público en general sólo tiene una vaga idea de lo que hace el Tribunal Supremo en un día cualquiera. La gente sólo conoce por encima unos pocos casos sensacionalistas. Sabe, probablemente, que el Tribunal Supremo anuló las leyes estatales sobre el aborto; las personas cultas saben seguramente que ese Tribunal puso fin a la segregación racial en las escuelas. Es casi seguro, sin embargo, que nunca habrán leído ninguna sentencia del Tribunal Supremo (seguramente se asustarían al descubrir cuan prolijos son los Magistrados). La gente sabe muy poco de este Tribunal, y de la información que posee, sólo la mitad es correcta. (Desconoce todavía más lo que hacen los altos tribunales de los *estados*). Hay una cierta avidez informativa (o de rumores) que es perfectamente natural. «Los hermanos» *, de Bob Woodward y Scott Armstrong (1979) prometía ciertas «vistas» «del interior del Tribunal Supremo»; fue un rápido «best seller».

Esto en cuanto a los ciudadanos de a pie. Los abogados por el contrario, conocen muy bien ciertos aspectos de los tribunales de apelación; aunque también hay excepciones entre los abogados. No son muchos los abogados que han actuado alguna vez ante un tribunal de apelación. Estos tampoco conocen, con precisión, el trabajo que realizan los tribunales de apelación (¿porqué iban a saberlo?); sólo tienen una vaga idea de las causas pendientes.

La impresión de la curia es que, en el transcurso de los años, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha venido ocupándose cada vez más de casos de mayor envergadura, más importantes; se ha visto mezclado en controversias cada vez mayores y ha tocado asuntos cada vez más peliagudos. Esta impresión puede muy bien corresponder a la realidad. El Tribunal Supremo ha conseguido casi la libertad total para admitir o rechazar los casos que le llegan y ha utilizado esta facultad para cerrar el paso a los casos que no revisten

* «The Brethren», en ingles. [N. T.].

caracteres especiales. No todos los casos del Tribunal Supremo ocupan las cabeceras de los periódicos, pero todos tienen algún punto de interés y al menos un párrafo o dos que merecen su publicación en el *New York Times.*

Las cosas no eran así hace cien años. Muchas de las sentencias que recoge el tomo 105 de la Doctrina del Tribunal Supremo (que comprende el mes de octubre de 1881) se dictaron en causas que el Tribunal no se dignaría, hoy, admitir. En una de ellas el Tribunal tenía que pronunciarse sobre si un determinado sistema de conservación de alimentos ya cocinados era lo bastante nuevo como para merecer una patente (la carne tenía que cocerse a 212 grados Farenheit y, «mientras estaba caliente», había que prensarla en una lata o bote «con fuerza suficiente para expulsar el aire y la humedad superflua, y hacer que la carne formase un sólido pastel»). El Tribunal dijo que no[27]. Hubo muchos más casos; por ejemplo, sobre terrenos de dominio público o relativos a los derechos de aduanas; sobre el tabaco de rapé o las puntas de encaje de hilo blanco; o sobre si la compañía de ferrocarriles era responsable del suicidio cometido por un pasajero en una crisis de desesperación, seis meses después de un accidente de tren; o si un comodoro de la marina que viajaba a Río de Janeiro, por orden del Gobierno, tenía derecho a una dieta de ocho centavos por milla. Esta clase de casos han desaparecido totalmente del libro registro del Tribunal Supremo.

Los tribunales supremos de los estados han recorrido un camino parecido. Muchos de ellos tienen ahora casi tanto control sobre la admisión de casos como el Tribunal Supremo de los Estados Unidos.

Un estudio estadístico del volumen de trabajo de dieciséis tribunales supremos estatales, hecho por Robert A. Kagan y asociados y que comprende el período transcurrido entre 1870 y 1970, revela grandes cambios en el trabajo de los tribunales a través del tiempo. En 1870, el caso típico del Tribunal Supremo de California o de Carolina del Norte hubiera sido un asunto de derecho de propiedad (una discusión por ej. sobre quién es el propietario de un trozo de tierra) o un asunto mercantil (si por ej. un comprador tenía motivos válidos para negarse a aceptar un cargamento de madera; o una acción de cobro de un pagaré). En el período que va de 1870 a 1900, el 33,6% de los casos de esos dieciséis tribunales caen bajo la rúbrica de «deudas y contratos»; el 21,4% bajo la de «derechos reales».

En un período más reciente (1940-70) el cuadro era distinto. Los casos de deudas y contratos habían bajado al 15% y los casos de derecho de propiedad al 10,9%. Los grandes campeones resultaron ser los

casos de «Derecho público» que pasaron del 12,4% al 19,4%. Se trataba de casos sobre impuestos, normas sobre empresas y abusos de autoridad por parte de la Administración. Los casos penales habían subido del 10,7% al 18,2%; los de reclamaciones de daños y perjuicios, del 9,6% al 22,3%. Algunas de estas tendencias se aceleraban netamente; hacia 1970 las apelaciones penales habían conseguido una asombrosa participación del 28% sobre los asuntos totales de los tribunales supremos de los estados. La ayuda de la justicia gratuita en los casos penales explica este volumen considerable de asuntos. El aumento de las reclamaciones de daños y perjuicios tampoco es del todo imprevisto. Refleja el bran «boom» (valga la palabra) de los accidentes de trabajo, seguido por la todavía mayor oleada de accidentes de automóvil; y luego, casos de responsabilidad por defectuosa fabricación y la recentísima moda de reclamar por imprudencia médico-profesional[28]. Más accidentes no significa, necesariamente, más procesos por accidentes; muchos piensan que también ha aumentado el ánimo de litigiosidad, pero ésta es todavía una cuestión dudosa.

Es preciso recordar que el estudio de Kagan sólo tenía en cuenta los tribunales superiores de los dieciséis estados estudiados. Muchos de los grandes estados —California, por ej.— han pasado de tener dos a tener tres niveles judiciales. Algunos de los casos que desaparecen del nivel superior los encontramos en el nivel intermedio. Parece claro, sin embargo, que algo ha cambiado, incluso en los estados más pequeños del sistema judicial de doble grado, como Idaho y Rhode Island. Siguen el mismo camino de los demás, aunque algo más despacio y con menos control de su futuro. Este estudio, al menos, nos muestra los litigios que los tribunales superiores consideran lo bastante importantes como para ocuparse de ellos. También nos muestra, en parte, el mayor o menor interés en apelar a los tribunales superiores.

Estas tendencias no contradicen lo que sucede, al parecer, a nivel de los tribunales de primer grado. También aquí los casos ordinarios son, en proporción, cada vez más escasos. Los asuntos civiles ordinarios (contratos, propiedad) han disminuido a nivel de tribunales superiores, y los de familia (sucesiones), también están disminuyendo a nivel de los tribunales de primer grado. En lo que respecta a los divorcios, si bien hay un gran número de casos registrados los juicios son realmente raros. Por otro lado, los casos en los que los individuos o grupos se enfrentan a la Administración parecen crecer en número. Esta categoría incluye los casos penales. La mayoría de los

casos penales se transigen entre la defensa y la acusación, pero los que «siguen su curso» son mucho más encarnizados y se apela con mucha más frecuencia que hace cien años.

También parece que cierto tipo de casos sobre temas especiales o extraordinarios aumentan rápidamente. Ello es ciertamente así en los tribunales federales y también, en menor grado, en los tribunales estatales. Son casos que se enfrentan con los problemas más duros y escabrosos de la sociedad; son los temas más serios, más sensibles y dolorosos de hoy en día. Mucha gente, empezando por el Presidente del Tribunal Supremo, se pregunta porque tales materias van a parar a los tribunales. Ello ilustra un aspecto misterioso y fundamental de la sociedad americana y su sistema jurídico. En los Estados Unidos las cuestiones sociales se visten a menudo con ropaje jurídico y se abren camino hacia los tribunales. Pocos países hay en el mundo en donde la política sobre el aborto se decida, primordialmente, por los jueces. En pocos, o en ninguno, se ocupan los tribunales de fijar los límites geográficos a los distritos escolares o de pedir la reforma en masa del sistema de la salud mental en un estado. Y, sin embargo, casos así se dan en los Estados Unidos.

Existe la tendencia de llevar, cada vez más, estas cuestiones ante los tribunales, ampliando el concepto mismo de Derecho y extendiéndolo a todas las facetas de la sociedad, hacia rincones y parajes en los que nunca había penetrado. Nadie ha logrado encontrar un nombre adecuado para este movimiento o tendencia. Algunos de sus aspectos se conocen con el nombre de judicialización, legalismo, constitucionalización, revolución del «proceso debido» y similares. Cualquiera que sea su nombre es, desde luego, una tendencia significativa. Los procedimientos y prácticas judiciales extienden sus tentáculos por toda la Administración, hacia las grandes instituciones y hacia la sociedad en general. Los mismos tribunales se han convertido en los árbitros últimos de muchas de las cuestiones sociales y no sólo de los litigios individuales.

Como proceden y fallan los tribunales

Hemos visto las clases de casos que conocen los tribunales, la forma en que lo hacen y el número de los que se pierden por el camino. ¿Cuál es el resultado de los casos que sobreviven? ¿Cómo se sentencian? ¿Qué factores influyen en uno u otro sentido sobre el veredicto y la sentencia?

En los tribunales inferiores existe la fase de pruebas y la de alegaciones. Luego el jurado, si lo hay, se retira, delibera vota y regresa

con el veredicto. El jurado delibera en secreto y no explica nunca los motivos de su veredicto. (A veces, algún miembro habla con los periodistas después de haberse dado el veredicto, cuando el caso ya es noticia). Lo que piensa el jurado es, en general, como un libro cerrado. Los investigadores han levantado un poco el velo. Sabemos, por ej., que los procesos mentales de los jurados no son muy distintos de los de los jueces (coinciden en un 80% aproximadamente); que los jurados *prestan* atención a lo que les dice el juez y que, en general, intentan corresponder con lo que se espera de ellos[29]. Hubo en el pasado muchos casos de jurados «alegales» que se negaban a condenar a contrabandistas de alcohol, a conductores ebrios, a cazadores furtivos, o hasta a violadores, incluso en aquellos casos en que los acusados eran claramente culpables. Ello sucedía porque el jurado obedecía a normas distintas a las reflejadas en la ley. Esta clase de jurado «alegal» todavía existe, pero en una escala mucho menor[30].

¿Qué sucede en los tribunales superiores? Los tribunales de apelación no celebran juicios, pero oyen las alegaciones orales, reciben los «alegatos», deliberan, resuelven y dictan sentencia (el «alegato» es la argumentación formal de un abogado presentando al juez la versión de los hechos y del Derecho según el punto de vista de la parte. La mayoría de ellos son cualquier cosa menos breves*). Sus sentencias salen publicadas todos los años, tomo tras tomo. Cada estado publica las sentencias de su más alto tribunal y muchos (Nueva York, California y otros) publican también las de los tribunales de segundo nivel. Pennsylvania publica incluso algunas sentencias de los tribunales de primer grado. Una buena biblioteca jurídica ha de contar, literalmente, con miles de volúmenes de jurisprudencia y cada año salen más. Hay más de 450 tomos encuadernados sólo para el Tribunal Supremo de los Estados Unidos. Las sentencias de los tribunales federales inferiores llenan más de mil volúmenes; esta cifra se multiplica varias veces para las sentencias de los tribunales de los estados. Dentro de estos volúmenes hay millones de palabras; en cierto modo, todas explican al mundo exterior el modo como el tribunal falla las causas.

La típica sentencia escrita sigue un modelo bastante uniforme. La sentencia expone los hechos; enuncia las cuestiones que se plantean; contempla los precedentes (si los hay) sobre el mismo tema; observa lo que dice la ley aplicable al caso (si la hay) y valora la importancia de estas «fuentes». El tribunal expone luego algunos

* [N. T.] «Alegato» y «breve» en inglés es «brief»; de ahí el juego de palabras en el texto original.

principios de Derecho que habrá deducido (o lo habrán hecho ya antes otros tribunales en casos análogos) de los precedentes y disposiciones legales. Casa estos principios con los hechos del caso y va dando respuesta a todas las cuestiones o problemas planteados. Esta es, pues, la sentencia. O está de acuerdo con lo resuelto por el tribunal inferior (en cuyo caso la sentencia del inferior es «confirmada») o está en desacuerdo (en cuyo caso la sentencia es «revocada»).

Normalmente la sentencia es unánime; esto es, todos los jueces están de acuerdo. Puede que algunas veces, uno o más magistrados tengan un punto de vista distinto sobre la materia y se produzca una «disidencia». Los tribunales tienen, casi siempre, un número impar de magistrados (tres en Idaho; nueve en el Tribunal Supremo de los Estados Unidos). La mayoría gana. Si no se consigue la mayoría (si un juez se pone enfermo o está ausente o se abstiene de conocer y los demás se dividen en grupos iguales) la sentencia del tribunal inferior se confirma. De vez en cuando puede haber un magistrado que, estando de acuerdo con la mayoría en lo que respecta al resultado, disienta, sin embargo, de las razones determinantes. Este magistrado puede dictar una sentencia especial, llamada «concordante».

En algunos tribunales la disidencia es bastante normal; en otros es rara. Cierto tipo de casos son propicios a la disidencia; otros no. El porcentaje de casos con disidencia ha aumentado con el tiempo. En el estudio sobre los dieciséis tribunales supremos estatales se puede comprobar que casi todos los casos publicados entre 1870 y 1900 (excepto el 8,7%), fueron unánimes. Los casos sin unanimidad alcanzaron el 15% en los años 1940-70. En la última década que abarca el estudio, 1960-70, el índice creció todavía más, sobrepasando el 16%.

Estas son las cifras absolutas. Las variaciones de un tribunal a otro son sorprendentes. En los años 1960, alrededor del 98% de los casos sentenciados por el más alto tribunal de Virginia Occidental alcanzaron la unanimidad, mientras que en Michigan, sólo se logró en el 56% de casos. En algunos tribunales es, al parecer, una tradición el reprimir las disidencias. Otros le dan menos importancia a presentar un frente unido. No obstante, la tendencia general es clara. Los altos tribunales conocen y fallan hoy menos casos que hace cien años, pero los que ven son más conflictivos y generan más disidencia; aún cuando el índice aumente más bien despacio[31].

Las disidencias son, a menudo, más personales y menos legalistas que las opiniones mayoritarias; pero en esencia utilizan la misma suerte de argumentos jurídicos. Ponen de relieve, cuando menos, que en muchos casos no existen respuestas legales «correctas»; o, en cualquier caso, que las respuestas, correctas no son evidentes, ni siquiera para el juez. Muchos de los grandes estudiosos del proceso judicial dudan también de que, incluso en las sentencias unánimes, el Derecho aparezca con claridad y nitidez. Después de todo, son pocas las apelaciones «frivolas» (esto es, sin posibilidad alguna). Siempre hay, al menos, *algún* argumento en favor de cada parte.

Los especialistas que estudian los tribunales constituyen, en general, un grupo bastante escéptico. Leen las sentencias, pero con cierta reserva. Desde luego no creen que las sentencias publicadas den una imagen exacta de lo que pasa en las mentes de los magistrados. Los estrictos argumentos jurídicos no les inspiran demasiada confianza. Encuentran difícil de creer que estos argumentos puedan persuadir seriamente a los magistrados; que realmente les inclinen a decidirse por un lado más que por el otro.

Pero si no son los argumentos jurídicos, ¿qué es entonces? ¿Y si la fachada compuesta por el razonamiento jurídico no fuera más que un camuflaje? En el estudio del proceso de elaboración de las sentencias judiciales se ha hecho un gran esfuerzo para extraer los factores determinantes del fallo y trazar un cuadro realista del proceso. No es un trabajo fácil. Nadie puede leer en las mentes; son pocos los papeles, notas o diarios que dejan los jueces; y los jueces hablan raramente de sí mismos. Son criaturas tímidas que no gustan de las atenciones del público. Prefieren la penumbra y suelen conseguirla.

El Tribunal Supremo de los Estados Unidos es un caso especial. Difícilmente sus sentencias pueden evitar ser el centro de la escena. Y, no obstante, el verdadero trabajo lo hacen detrás del telón de terciopelo de la discreción. Algunos jueces incluso destruyen sus apuntes jurídicos. Quedan aún bastantes cosas que pueden dar alguna luz al proceso, pero hay muchos huecos. Su aire de misterio es, probablemente, una de las razones del clamoroso éxito de «*Los hermanos*», una «exposición» sobre los tribunales que fue publicada en 1979. El libro se basa en parte en los chismes y habladurías de los funcionarios que trabajan con los Magistrados. Llamó la atención del público al proclamar que arrancaba el velo de lo secreto. En la introducción, los autores describían al tribunal como una institución que trabajaba «en absoluto secreto». Ninguna otra institución ha «logrado controlar tan radicalmente la forma de aparecer ante el público». El público en general disfrutó bastante leyendo esta colección de perlas sobre los magistrados; sus costumbres, sus aficiones y aversiones; sus rencillas internas; lo que pensaban los unos de los otros; los peque-

ños dramas internos que habían conducido a tal o cual sentencia célebre, etc.

«Los Hermanos» no es una obra sistemática. Algunos especialistas, en cambio, han intentado estudiar el comportamiento de los jueces de forma más rigurosa. Gran parte del esfuerzo se ha ido en diseccionar el trabajo del Tribunal Supremo de los Estados Unidos; se ha hecho mucho menos en lo que respecta al trabajo de los tribunales estatales o de los tribunales federales inferiores. Las preguntas de carácter general son las mismas: ¿Podemos hallar algunos factores que expliquen porque los jueces deciden en la forma en que lo hacen? ¿Es importante el hecho de que el juez sea demócrata o republicano? ¿Que proceda de familia rica o pobre? ¿Que sea protestante o católico? ¿Cuánto podemos aprender analizando la actitud o la escala de valores de los jueces? ¿Cuánto podríamos saber si pudiéramos hacerles un test de personalidad?

El resultado no es terriblemente prometedor. Un estudio sobre el Tribunal Supremo de Michigan reveló que los jueces demócratas acogían más favorablemente las «demandas de los desempleados y accidentados» que los republicanos[32]. Pero, en conjunto, estos estudios no nos dicen gran cosa de nuevo, de sorprendente o revelador. Aparentemente, la formación o la personalidad de un juez no nos hace progresar mucho en el entendimiento del porqué los jueces votan en el sentido en que lo hacen. Quizás las balanzas sean demasiado toscas. En todo caso la investigación no ha dado grandes frutos[33]. Hacen falta investigaciones mucho más sofisticadas y teorías mejores[34].

Las investigaciones sobre los tribunales de primer grado también han decepcionado. Muchos estudiosos sospechan que los jueces, consciente o inconscientemente, tienen prejuicios contra los negros o la gente pobre; o que los delincuentes de cuello blanco reciben mejor (o peor) trato que los delincuentes callejeros; o que los tribunales son más condescendientes (o más duros) para con las mujeres. Ha habido muchos, pero que muchos trabajos —muchos más de cien— sobre esas cuestiones. Lo sorprendente es lo poco que se ha logrado demostrar en un sentido o en otro. ¿Acaso en los Estados Unidos, hoy en día —antes era distinto—, los negros acusados de un delito reciben peor trato que los blancos? Resulta que esta pregunta es diabólicamente difícil de contestar a causa del problema de los datos y de las muchas variables que intervienen[35]. Sobre esa cuestión de carácter general el Jurado, por decirlo de algún modo, aún está deliberando.

Los escasos resultados obtenidos con estas pautas de investigación llevan a algunos estudiosos a cambiar de táctica. ¿No fuimos excesivamente escépticos al valorar la influencia de la propia ley sobre las sentencias? ¿Quizá los jueces traten honestamente de corresponder con lo que de ellos se espera? ¿Quizá intenten verdaderamente representar su papel? La sociedad les ha dado el papel de juez y ellos tratan de seguir el guión. En otras palabras, a la hora de explicar el comportamiento de los jueces, la clase de trabajo, las togas negras y la tradición pueden ser tan importantes como la formación recibida de la infancia, la educación o la clase social. En lo que se refiere a los tribunales de apelación hay que tener en cuenta la doctrina del «precedente»; esto es, aquella según la cual los tribunales deben seguir lo resuelto en anteriores casos. Ciertamente, es un lazo que les «ata». Quizás, a pesar de nuestro escepticismo, sea esto lo que los jueces estén tratando de hacer realmente. Al menos parece plausible. Pero para convencernos de que el Derecho es la variable decisiva se necesitan todavía tests más rigurosos.

Las cuestiones conceptuales y metodológicas son muy complejas. Un reciente artículo de Ilene H. Nagel analiza las resoluciones relativas a la libertad bajo fianza, en 5.600 casos penales de una circunscripción de Nueva York, en 1974-75. El estudio parece confirmar que el «Derecho formal» fue un factor de peso en el «proceso de elaboración de la resolución» por los tribunales. No fue el único factor, pero fue muy significativo. La «predisposición» por parte de los jueces jugaba un papel mucho más pequeño. Nagel, sin embargo, señala también lo que muchos estudios omiten decir: el mismo Derecho puede ser una pauta flexible, cambiante. El Derecho permite a los jueces tener en cuenta diversos factores. Así pues la distinción entre factores jurídicos y extrajurídicos ha sido exagerada y enfatizada: «a menudo se han ignorado las complejidades del Derecho y las categorías extrajurídicas se han definido selectiva y restrictivamente». Para comprender la labor de los tribunales se va a necesitar un trabajo continuado y un proyecto más elaborado[36].

Algunos estudiosos han puesto el acento en lo que podríamos llamar el elemento «estructural» de las resoluciones[37]. Los casos de los tribunales superiores se resuelven por un grupo de jueces, no por un solo juez. Como ya dijimos, el Tribunal Supremo está formado por nueve magistrados. El tribunal superior de California tiene siete. Los tribunales federales de nivel medio suelen ser colegiados, formados por tres jueces. Normalmente hay un sistema para asignar los casos a cada uno de los jueces en particular, quienes tendrán que proponer la resolución. Para obtener la mayoría, el juez ponente

tendrá que llegar a una especie de «pacto» y hacer concesiones a los demás jueces que, más o menos, sean de su mismo parecer. Quizá tenga que dulcificar su lenguaje o cambiar el énfasis, etc.

Este mecanismo es uno de los «secretos» que tan estrepitosamente revelaba «*Los Hermanos*». Desde luego no sorprendió al conocedor de la política ni al atento observador de los tribunales. *Esta* información interna no dice nada nuevo. Nos aclara algo sobre la estructura; un único juez, juzgando él sólo, no tiene que disimular sus puntos de vista para conseguir la mayoría. Le afecta, no obstante, la estructura que hay por encima de él. Prefiere que no le revoquen las sentencias. También es obvio que los tribunales superiores desean y necesitan la cooperación de los inferiores los cuales, después de todo, aplican los principios y la doctrina que sientan los superiores. Puede que algunos altos tribunales hagan concesiones o dicten pautas pensando en los tribunales inferiores.

Sorprende también lo poco que se ha trabajado sobre otro factor; la influencia de las fuerzas sociales externas. Una de las razones es la de que las investigaciones tratan de centrarse en las diferencias entre los jueces. Los trabajos se plantean la pregunta del porque el juez A parece estar en desacuerdo con el juez B a la hora de votar. Ello significa analizar los casos en los que un juez, al menos, disiente. Pero puede ser tanto más interesante e importnate el observar los casos en que el juez A y el juez B piensan igual; ver como los jueces cambian con el transcurso del tiempo, bajo la presión del cambio social.

Hoy, por ej., todos (o casi todos) los jueces actuales tienen una actitud frente a las relaciones sociales, los poderes de la Administración, las libertades cívicas, etc., que está a años luz de la actitud de casi todos los jueces que trabajaban y escribían hace cien años. Si un juez del siglo pasado resucitara se quedaría estupefacto al comprobar el desarrollo actual de los derechos cívicos. Se sorprendería, incluso, de lo que ha ocurrido con el Derecho sobre los daños indemnizables; de hasta donde han llegado los tribunales en exigir responsabilidades a las compañías por los daños causados por productos mal preparados, tales como cremas cosméticas, sopa, medicamentos, automóviles, etc. La doctrina ha tenido que evolucionar mucho para afrontar los cambios que se han producido en el exterior de la sala de audiencias. Cierto que unos jueces están a la derecha del espectro político mientras que otros están a la izquierda. Pero el punto de partida —el punto a partir del cual se desvían, a la derecha o a la izquierda— viene determinado por las fuerzas sociales; por la

problemática nacional; en una palabra, por el estado de cosas de hoy en día.

Si observamos su trayectoria —o sus grandes trazos— parece como si la doctrina jurídica quisiera rizar el rizo. Probablemente no había, en el siglo diecinueve, ni un solo juez que pensara que la pena de muerte fuera anticonstitucional. Unos estaban a favor y otros en contra, pero nadie imaginaba que pudiera violar la Octava Enmienda a la Constitución o cualquier otra, en esta materia. Hoy en día algunos jueces así lo creen. Como veremos, el Tribunal Supremo ha dado vueltas y vueltas a la cuestión. Indudablemente, la mayoría de los jueces creen que la pena de muerte debe mantenerse. Pero incluso éstos admiten que es una cuestión que plantea un serio problema jurídico. Ello no hubiera sucedido hace unos años. De igual modo muchos jueces del siglo pasado no hallaban, desde el punto de vista legal, objeción alguna a la segregación racial. Hoy en día no hay un solo juez federal que la considere aceptable (o que quiera admitir tener esa opinión). Si alguien hubiera insinuado a John Marshall, a sus colegas —o al propio Thomas Jefferson— que la Enmienda primera podía llevar implícito el derecho a vender libros con ilustraciones mostrando a personas desnudas haciendo el amor, hubiera pensado que estaba loco. El mundo ha cambiado desde entonces; la mentalidad de los jueces ha cambiado con él. Y también el Derecho. El cambio social arrastra a la doctrina. Los jueces viven en sociedad y su forma de pensar, inconscientemente, varía según las cosas que sucedan en el mundo exterior. No suelen ser apenas conscientes de ello. Si preguntamos a los jueces lo que hacen y como resuelven los casos, es probable que aún nos cuenten una vieja historia pasada de moda. Nos dirán que buscan el Derecho concienzudamente y que se basan en el Derecho vigente. La mayoría de ellos se niegan a admitir que tengan en cuenta consideraciones político-sociales. Sin embargo, tienen sus creencias y su escala de valores; aunque traten de reprimirlas. Esta es la pauta general que resulta de unos cuantos estudios y entrevistas a jueces. Hay variaciones entre jueces (y tribunales); pero en conjunto, el juez medio es bastante conservador en lo que se refiere a su trabajo. En un estudio de Henry A. Glick, los jueces de Louisiana, expresan la opinión —casi unánime— de que los «factores extralegales» no juegan ningún papel en el proceso decisorio del juez[38].

No hay motivos para acusar de hipocresía a los jueces de Louisiana. No hay duda de que decían lo que pensaban. Los jueces, realmente, tratan de jugar el rol «legal», aunque, probablemente, no siempre. A veces, algunos casos parecen menores o poco importantes;

sólo interesan a los juristas o ni siquiera a ellos. Cuando surge un caso de éstos es probable que el juez no tenga especiales sentimientos en un sentido o en otro. El Juez (o el oficial) «tienen los ojos puestos en la doctrina y la jurisprudencia» para averiguar el camino tomado en anteriores casos y seguir el curso de la doctrina.

Pero incluso estos casos puede que no sean, desde luego, tan sencillos como se pudiera pensar. Como saben todos los estudiantes de la Facultad, el Derecho es a menudo confuso, ambiguo e incierto; lo que el juez ve en el Derecho viene a ser, en muchos casos, como el test de la mancha de tinta. Ve el caso a través de sus lentes personales. En estos supuestos, el Derecho no está en los libros, sino en la mente del Juez.

Hay un pequeño pero importante número de casos que pertenecen a un grupo totalmente diferente y peculiar. En estos casos calan más hondo. Tienen mucha importancia y traen graves consecuencias para las masas. Cuando se presentan, las corrientes sociales levantan torbellinos por todas partes y llenan con su ruidoso ajetreo las salas de vistas; y estas corrientes afectan al juez, tanto si se da cuenta como si no. En otras palabras; podemos representarnos la elaboración de la resolución como una especie de proceso en dos fases. En la primera fase el juez decide si va o no a jugar limpio con la ley. En la segunda, se dicta la resolución.

En ambas fases son cruciales las actitudes, la escala de valores y las fuerzas sociales. Después de todo, éstas son las que determinan que el juez vea la cuestión como aburrida o excitante, importante o trivial, técnica o no técnica, sensible a las fuerzas sociales y políticas o sólo «jurídica». Ello no obstante, puede que el juez no se aperciba en absoluto de este proceso de doble fase. Tiene el sentimiento de que está estrictamente ceñido al Derecho y en el noventa por ciento de casos está completamente seguro de que lo que hace no es ni más ni menos, que «buscar el Derecho». Sin embargo, este proceso de doble fase nos aclara un misterio; el de cómo las fuerzas sociales parecen tener una fuerte influencia en la resolución de los casos, mientras que, al propio tiempo, los jueces dicen (y piensan) que se limitan a «seguir la ley».

El estudio de Glick demostró que la mayoría de los magistrados de los tribunales superiores no son conscientes de su papel político y legislativo. Están chapados a la antigua en su modo de concebir la función del juez. Pero no todos; los hay con una mentalidad más sofisticada. Así sucede, por ej., con los jueces de New Jersey. Su mentalidad estaba mucho más abierta a las cuestiones políticas que, de forma clara, jugaban un papel (según creían) en sus decisiones. Hay algunos signos —más bien indirectos— de que los magistrados de los altos tribunales, en general, se mueven en ese sentido. A esta forma de pensar la podemos llamar realismo jurídico. «Realismo jurídico» es el nombre de una escuela del pensamiento jurídico que floreció notablemente en los años treinta. Los realistas argumentaban que los jueces eran mucho más independientes de lo que ellos mismos admitían; se sonreían a la idea de que la forma de resolver los casos fuera por deducción lógica de los anteriores casos y leyes. Los jueces, en nuestro sistema, hacen el Derecho; crean nuevas líneas de conducta. De hecho, en algunos casos, no pueden evitarlo. Un juez realista sería aquel que se diera cuenta de las presiones de dentro y de fuera; de la forma en que afectan a su trabajo. Sería sensible al impacto de sus sentencias, esto es, a sus consecuencias sociales y las tomaría en consideración.

¿Cómo sabemos que el realismo jurídico es una fuerza auténtica? ¿que los jueces van sucumbiendo gradualmente a esta creencia? Al observar el estilo de las resoluciones judiciales podemos hallar algunos síntomas significativos. Decididamente, el estilo está cambiando con el tiempo. Por ejemplo, las resoluciones son cada vez más extensas; las discrepancias más frecuentes. También se están produciendo cambios interesantes en la forma de manejar las citas. Cuando un tribunal redacta una resolución, una de sus características típicas son las citas repartidas por todo el texto. Estas constituyen la «doctrina» que justifica la sentencia.

Generalmente, esa «doctrina» se compone de casos; de sentencias anteriores sobre los mismos puntos jurídicos. El tribunal también cita algunas disposiciones legales (leyes); textos que tienen relación con el caso; o cita la Constitución, si es preciso. En un pequeño porcentaje de casos, que va en aumento, los tribunales van demasiado lejos. En California, por ej., las citas de revistas jurídicas (periódicos especializados, la mayoría publicados por las Facultades de Derecho) se duplicaron entre los años 1950 y 1970. En 1960-70, alrededor del 35% de las sentencias dictadas por el tribunal superior de Nueva Jersey contenían citas de revistas jurídicas; la cifra, en California, fue del 26%. (No obstante en estados tales como Alabama y Kansas sólo el 2 o el 3% de las sentencias citan revistas jurídicas). En algunos casos incluso se citan periódicos o estudios de sociólogos. Los tifones del cambio social hacen estragos en los tribunales; los problemas con los que se enfrentan los altos tribunales son cada vez

menos dúctiles y más trascendentes. A resultas de ello, ciertos jueces recurren, con delicadeza y precaución, a la ayuda exterior[39].

La mayor parte de las investigaciones se han centrado en los tribunales superiores, y, especialmente, en el Tribunal Supremo de los Estados Unidos. No es ciertamente, ninguna sorpresa que éste sea el objeto primordial de las investigaciones. En nuestro sistema, el Tribunal Supremo es único. Los tribunales superiores de los estados son también de una importancia notoria. Después de todo, hacen y deshacen el «common law». Los tribunales inferiores no merecen la atención de los estudiosos.

Es una lástima. Puede que los tribunales inferiores no presenten tanto interés humano, pero ello no significa que no sean importantes. El trabajo cotidiano de los tribunales inferiores —incluso el de los juzgados de tráfico y de pequeñas reclamaciones— tiene unos efectos tremendos en la vida de la mayor parte de la gente. A la larga, estos tribunales tienen también efectos tremendos en la vida de la sociedad. Fue en los tribunales inferiores donde se desarrolló el divorcio consensual o de común acuerdo, mucho antes de que se pensara en el divorcio no culpable. En los tribunales inferiores los acreedores recobran la posesión de miles y miles de pianos, automóviles, aparatos de televisión, mobiliario, etc. Estos tribunales se ocupan de ejecuciones hipotecarias, deshaucian inquilinos, embargan salarios. En todos estos casos actúan como agentes —para bien o para mal— de una economía activa, creciente, exhuberante. Y esto no es todo. También legalizan cientos de miles de sucesiones, naturalizan a extranjeros; autorizan cambios de nombre, ponen su sello en las adopciones de niños, mandan a algún pariente senil al hogar de ancianos; aprueban las cuentas de tutores y fidecomisarios. Alivian (o agravan) innumerables tensiones entre familias o vecinos. Castigan a millones de personas ebrias, o que conducen con exceso de velocidad o que alteran el orden público. Registran cambios importantes de la vida social y económica. En otras palabras; toman parte en una serie de acontecimientos, completamente triviales contemplados individualmente, pero de tremenda importancia en su conjunto. Quizás algún día nuevas investigaciones puedan explicar lo que estos tribunales han significado para este país.

5

La estructura del Derecho Norteamericano: Leyes y legisladores

PROBABLEMENTE SEAN LOS tribunales, las instituciones jurídicas mejor conocidas de la gente. Pero ello no significa que sean las instituciones con más poder. Una vieja y clásica teoría jurídica ha proclamado siempre que los tribunales no tienen competencia ni potestad para crear Derecho. Sólo pueden «buscar» el Derecho o, a lo más, adaptar el Derecho a las nuevas situaciones. Son los legislativos los que tienen la potestad de crear Derecho, clara y abiertamente. Esta es, en verdad, su labor: «aprueban las leyes». Y sin embargo, cuando los alumnos estudian el proceso legislativo en este país, se fijan casi únicamente en los tribunales (incluyendo la forma en que, a pesar de la teoría, crean Derecho). Los estudios jurídicos dejan de lado, en mayor o menor medida, a los cuerpos legislativos; al Congreso, al legislativo de los estados, a los consistorios municipales. Tampoco se presta mucha atención a las agencias de la Administración.

Y, sin embargo, el poder legislativo tiene una presencia inmensa en la sociedad y en el sistema jurídico. Es parte del cuerpo y de la estructura del Leviathan. Hay un gran número de cuerpos legislativos por todos los territorios del país. Al igual que los tribunales, nos los podemos figurar formando una especie de pirámide. En la base de esta pirámide, en un estado cualquiera, están los órganos legislativos del gobierno local. En la década de los sesenta había, según una

fuente fidedigna, más de 3.200 cuerpos legislativos locales en California solamente[1]. Esto incluía a los Consistorios municipales, a las asambleas de los condados (asambleas de comisionados) y a miles de cuerpos con finalidades específicas. En las mismas fechas había cincuente y siete condados en California (San Francisco estaba clasificado especialmente como «ciudad condado») y 394 ciudades. Había 1.575 distritos escolares y 3.224 distritos especiales (encargados de parques, alcantarillados, fuentes, fumigación de mosquitos, etc.).

Podría ponerse en duda si éstos son realmente cuerpos legislativos; sin embargo todos tienen algo en común y es que el dictar normas generales forma parte de su trabajo. Ello es, desde luego, evidente en lo que concierne a los legislativos, que «producen leyes» y «normas» y también con respecto a las capitales y demás ciudades, que dictan «ordenanzas». Las oficinas de parques y jardines, las autoridades de tráfico, los servicios de alcantarillado público, etc., también dictan normas que obligan dentro de sus pequeñas esferas de poder.

En California, el legislativo estatal se halla en la cima de la pirámide. Se compone de dos cámaras; Senado y Asamblea. Cada estado tiene su legislativo y en cada estado, con la excepción de Nebraska, es bicameral, como en California; esto es, hay dos cámaras, la alta y la baja. California se divide en varios «distritos» legislativos, que eligen los senadores y los diputados. Tiempo atrás se elegía a los senadores sobre la base del condado, más o menos. En el condado de Los Angeles, un solo hombre representaba a millones de personas y, al mismo tiempo, unos pocos millares de electores tenían, en el condado de Sierra Alta, un senador para ellos solos. El Tribunal Supremo de los Estados Unidos terminó con esto y declaró ilegales la mayoría de las fórmulas «no proporcionales» en una serie de procesos que empezaron en el caso *Baker c/ Carr*[2]. Hoy en día todos los distritos senatoriales de California tienen, más o menos, la misma población.

Hemos descrito los cuerpos legislativos de California como formando una especie de pirámide, al igual que los tribunales. La comparación puede prestarse a equívoco. La organización de los legislativos es, en varios aspectos, mucho más suelta; no existe el equivalente de un «recurso de apelación» contra una decisión de la ciudad de Fresno, California, al legislativo; o del Condado de Yolo al legislativo; o de la ciudad de Hollister, California, al condado de San Benito. Los ciudadanos, evidentemente, pueden quejarse cuando la ciudad o la capital van más allá de sus poderes legales. Pero esta

queja no necesita ir al legislativo y, normalmente, no va. Lo más probable es que vaya a los tribunales.

Por otro lado, en cambio, el control del legislativo sobre las capitales, condados y ciudades va mucho más lejos que el control que ejerce un alto tribunal sobre los tribunales inferiores. El legislativo es, teóricamente, supremo. Puede modificar totalmente las leyes sobre condados y ciudades. Puede alterar los límites fronterizos o agregar unos condados a otros. Puede otorgar cartas municipales, modificarlas, o dejarlas sin efecto. Incluso podría cesar a algún miembro del ejecutivo local. En la práctica, el legislativo permanece al margen de la gran mayoría de asuntos locales. La capital del estado tiene, no obstante, la última palabra; es la política, y no la estructura legal, la que protege a las ciudades y a los condados de los cambios radicales que puedan venir desde arriba.

Vivimos, naturalmente, en un sistema federal. Hay, por tanto, un legislativo nacional: el Congreso. También él se divide en una cámara alta (el Senado) y una cámara baja (la Cámara de Representantes). La Cámara se elige en proporción a la población, pero cada estado tiene derecho, al menos, a un representante, por escasa que sea su población. Se compone de 435 miembros, aproximadamente uno por cada 500.000 habitantes. Los senadores son cien; cada estado tiene dos, cualquiera que sea su superficie o población. California, con más de veinte millones de habitantes, tiene dos senadores y lo mismo estados con menos de un millón de habitantes, como Wyoming, Alaska y Vermont. Este sistema está recogido en la Constitución y no puede afectarle el caso *Baker c/Carr.*

El poder legislativo, como el resto de nuestra estructura jurídica, está influido por el liberalismo y, aún más especialmente, por la tradición descentralizadora americana. El electorado da por sentado que las personas elegidas representan a las ciudades y a los intereses locales. No se elige a los senadores y miembros del Congreso de forma «despersonalizada». Los representantes del Congreso deben complacer a los habitantes de sus distritos o se encontrarían pronto sin trabajo. También en los estados y en la mayoría de las ciudades se elige a un miembro del legislativo para cada distrito en particular; se requiere, no obstante, la condición de residente en el distrito.

No es éste, por ej., el caso de Inglaterra; un miembro del Parlamento por East London no necesita, en absoluto, residir allí. El sistema americano fue una sorpresa para James Bryce (quien escribió a finales del siglo XIX una descripción clásica del gobierno americano) y lo tachó francamente de deficiente. Según este autor, el sistema

comportaba que, inevitablemente personas «inferiores» se sentaran en el Congreso: «Existen muchos lugares en el país que no producen hombres de estado, en donde no se encuentra a nadie... que sobrepase un nivel discreto de capacidad política». En su opinión, los hombres de «marcada habilidad y celo», salían principalmente, de las grandes ciudades de los Estados más antiguos[3]. Para una mentalidad americana esto suena a snob y a falso; sin embargo, nuestro sistema tiende claramente a enviar al Congreso (y a las capitales de estados como Albany y Sacramento, y a los ayuntamientos) a hombres sin «grandes proyectos», que sólo tienen en la mente las necesidades y los deseos de los habitantes de sus pequeñas circunscripciones.

Es fácil pensar que los legislativos pueden ser la alternativa de los tribunales de justicia o incluso sus competidores en la formulación del Derecho. En algunos aspectos, así es. Sin embargo, según nuestro sistema tradicional, los legislativos hacen muchas cosas que los tribunales no pueden hacer en absoluto o sólo moderadamente. Los legislativos pueden crear impuestos e invertir dinero, cosa que, de hecho, los tribunales no pueden hacer o, al menos, no de una forma directa. Los tribunales dan respuesta a casos particulares, como, por ej., cuando John Smith demanda a Mary Jones, o la Compañía Acme Toothpick demanda a la ciudad de Little Rock. Al dictar sentencia, los tribunales de apelación pueden establecer principios generales, pero aún en ese caso, los principios deben quedar limitados a supuestos parecidos al caso *Smith c/ Jones.*

Nadie puede predecir, desde luego, la extensión que tendrán esos principios en cada caso, pero en teoría, todo lo que vaya más allá del caso se resuelve «incidenter tantum» (es una opinión incidental) y no obliga a los otros tribunales. Dejando al margen la teoría, los tribunales, la mayor parte del tiempo, actúan con cautela. No pretenden crear reglas minuciosas, precisas o detalladas. Si un tribunal debe decidir sobre una demanda relativa a si puede abrirse legalmente una estación de servicio en el cruce de la calle del Roble con la del Olmo e, incidentalmente, piensa que hay que rehacer urgentemente todo el plan de ordenación urbana, no se le ocurrirá, sin embargo, atribuirse la facultad de hacerlo él mismo. Los tribunales tampoco cambian los límites de velocidad ni fijan la cuantía de las multas de tráfico; no redactan códigos de circulación ni proponen listas de aditivos químicos para teñir de amarillo el caldo del pollo con todas las garantías sanitarias. Los tribunales, en general, no elaboran medidas cuantitativas. Las dejan para el legislativo. En opinión de algunos críticos, los tribunales se han apartado bastante de su clásica reserva,

aunque la línea divisoria entre ellos y los demás cuerpos todavía se mantenga.

La producción legislativa

El volumen total de trabajo que hacen los legislativos crece, en conjunto, a pasos agigantados. Este hecho parece fuera de duda, si bien hay pocas investigaciones serias sobre la producción legislativa y menos aún sobre la de los consistorios municipales y otras instituciones parecidas. En 1975 entraron 4.331 proyectos de ley al legislativo de California. La colección legislativa media de un estado cualquiera ocupaba, a mediados del siglo diecinueve, un solo tomo voluminoso; en otras palabras, todas las leyes vigentes en, digamos, Michigan o Indiana, se podían recoger en un solo libro. Hoy, las colecciones legislativas de los estados, incluso de los pequeños, alcanzan diez o veinte veces aquel volumen.

No es difícil ver las razones. Es esta una sociedad compleja y su gobierno demanda múltiples y detalladas normas. (Pensemos por ej. en cuantas páginas escritas ocupa la legislación debida al automóvil). Y así como los tribunales, en alguna ocasión, traspasan la frontera entre su trabajo y el de los legislativos, así también los legislativos han entrado en lo que era, históricamente, una parcela reservada a los tribunales del «common law». En el siglo diecinueve, por ej., había una amplia doctrina jurídica y también muchos litigios sobre accidentes de trabajo; los tribunales crearon y desarrollaron casi todas las normas que rigen esta materia. Por los años de la primera guerra mundial, los estados empezaron a dictar leyes sobre indemnizaciones en accidentes de trabajo que abarcaban la mayor parte de este campo y cambiaron básicamente las reglas de juego[5].

El cambio no fue, naturalmente, por una cuestión de gusto. Los tribunales habían establecido normas que, en su mayor parte, eran vagas y generales. Las nuevas leyes eran precisas y detalladas. Por ej., según las leyes de Idaho (aprobadas en 1817) el trabajador que perdiera «el dedo gordo del pie, por la articulación proximal» en accidente de trabajo recibiría el 55% de su salario medio semanal (pero con un tope de doce dólares por semana) durante quince semanas. Esta es exactamente la clase de precisión que está más allá de la tradicional facultad de los tribunales. En todo caso, aunque en los últimos sesenta y cinco años, más o menos, se ha acumulado un inmenso cuerpo jurisprudencial sobre accidentes de trabajo, el esquema básico funciona de forma rutinaria y administrativa, bajo

normas precisas y baremos emanados del legislativo. Incluso los contenciosos sobre la materia comienzan a basarse en esta legislación como punto de partida.

Códigos y Leyes uniformes

El sistema del «common law» es complicado por naturaleza; para saber lo que dice el Derecho deberíamos (en teoría) buscar y rebuscar los casos publicados, volumen tras volumen. El Derecho hecho por los jueces es, en los Estados Unidos, con sus cincuenta estados, particularmente desordenado, contradictorio e incongruente. Resulta mucho más claro y conciso redactar un código de normas jurídicas. Quizás también resulte más correcto puesto que, desde un principio, se sabe con claridad lo que dice el Derecho. Como señalaba el filósofo inglés Jeremy Bentham, a principios del siglo diecinueve, los jueces del «common law» elaboran las normas de la misma manera «como lo haría un hombre para con su perro. Cuando se quiere impedir que el perro haga algo que el dueño no quiere, se espera hasta que lo haga y entonces, se le castiga por ello»[6]. Los sistemas de Derecho civil, con sus códigos lógicos y bien estructurados *parecían,* al menos, mucho más racionales.

En el siglo diecinueve, la idea de codificar el Derecho interesó también a algunos juristas de los Estados Unidos que deseaban acabar con el excesivo poder de los jueces y establecer las normas jurídicas básicas en códigos modernos. Esta idea se relaciona, sobre todo, con David Dudley Field, abogado de Nueva York (1805-94). Field redactó o supervisó una serie de Códigos. El que tuvo más éxito fue el Código de Procedimiento Civil. Nueva York lo adoptó en 1848. Fundió Derecho y equidad en un solo sistema y también modernizó y simplificó, en muchos aspectos, la forma de litigar y el proceso ante los tribunales. No obstante, Nueva York rechazó los demás Códigos de Field que trataban de Derecho substantivo. Estos códigos, repudiados en Nueva York, encontraron acogida en algunos estados del Oeste; tales como California y Montana. Pero ni siquiera en estos estados existía, por parte de los abogados, la preparación y el hábito suficientes para aceptarlos; la postura de los jueces y de los abogados hacia el Código Civil de California es muy distinta de la de los jueces franceses con respecto a *su* Código Civil.

A finales del siglo diecinueve surgió otro fuerte movimiento codificador, aunque muy distinto. Este movimiento tenía por objeto el Derecho Mercantil. Los Estados Unidos habían entrado en la era del

ferrocarril, del teléfono, del telégrafo y del comercio interestatal. Trabajadores y mercancías se movían libremente a través de las fronteras de los estados, no así las leyes. La compañía que comerciaba con varios estados o que vendía sus mercancías en distintos estados, tenía que cumplir, de alguna manera, con una serie sucesiva de leyes, ligeramente distintas las unas de las otras.

El movimiento pro «leyes uniformes» fue una creación de profesores, juristas y grupos forenses, pero la razón de su éxito fue, con toda seguridad, el hecho de que los grupos comerciales sintieran necesidad de ellas para sus empresas. En 1892 se fundó una Conferencia de Delegados de las Leyes Uniformes Estatales. Los delegados fueron designados por el Gobernador de cada estado. La primera ley «uniforme» que propuso la Conferencia fue la ley de los Instrumentos Negociables (1896), que trataba de los cheques, letras de cambio y pagarés. Obtuvo un completo éxito; todos los estados terminaron por adoptarla. La ley Uniforme de la Compraventa (1906) consiguió treinta y cuatro adhesiones. Los delegados continuaron su trabajo y redactaron muchas otras leyes, algunas de las cuales resultaron también con éxito. La ley Uniforme sobre la muerte simultánea es un ejemplo de ello. Esta ley trata del problema que surge cuando, por ej., marido y mujer mueren juntos en un naufragio y sus respectivos caudales hereditarios se hallan entremezclados. La mayoría de los estados la adoptaron. Sin embargo, ningún estado está obligado a aprobar una ley «Uniforme» y en la práctica puede suceder que las leyes no sean tan uniformes como aparecen en el texto. Las interpretaciones, a veces, son distintas en cada estado y siempre es posible presentar enmiendas locales. En los años 1940 y 1950, unos intrépidos juristas procedieron a redactar un Código Mercantil completo y a intentar vender la idea. El director era Karl Llwellyn, uno de los más famosos juristas del país. El Código de Comercio Uniforme, dividido en diez apartados («artículos»), salía a la calle avalado, al menos, por media docena de leyes más antiguas. Sustituía a la ley de Instrumentos Negociables, a la ley sobre Compraventas y a otras antiguas leyes «uniformes».

Este Código tuvo un comienzo accidentado y encontró resistencia por parte de los comerciantes. Sin embargo, Massachusetts y Pennsylvania lo adoptaron y, finalmente, después de intensos esfuerzos, fue introduciéndose por todas partes. Louisiana mantiene, por ahora, la principal resistencia. Cada estado es, sin embargo, formalmente libre (si así lo desea) de rechazar o modificar el Código. Este Código es un buen ejemplo de cómo es posible irse acercando a la

unidad jurídica en este enorme país, simplemente a través de la cooperación y la actuación paralela de los estados. Pero esta clase de uniformidad no puede ser, naturalmente, tan estable ni completa como la que emana de un único gobierno central.

Las Leyes: su forma y contenido

Es difícil generalizar sobre la forma o el contenido de las leyes. Una ley puede tratar de cualquier materia relacionada con el Derecho; lo que, en la práctica, significa cualquier cosa. También la forma puede ser infinitamente variada. Nos solemos representar a las leyes como directrices generales, distintas de las sentencias que se refieren a casos particulares. Una ley es la que dice que robar es un delito y establece una escala de penas; pero si Joe Doakes, un ladrón concreto, tiene que ir a la cárcel, ello debe ser el resultado de una sentencia hecha por los jueces, jurados y demás; no por el Parlamento.

Pero incluso esta afirmación es sólo parcialmente correcta. No todas las leyes consisten en directrices generales. El Congreso, por ej., todavía dicta muchas leyes llamadas privadas, que se refieren a una sola persona. La ley privada n. 95-19 del Congreso (1977), autorizaba el visado y la residencia permanente a Kam Lin Cheung «a pesar de la disposición de la sección 212 (a) 25 de la ley de Inmigración y Nacionalidad». Al día siguiente, una ley privada autorizaba al ministro de Comercio a vender «dos navíos obsoletos A OG-1 Patapsco y A OG-9 Kishwaukee» a la Mid-Pacific Sea Harvesters, Inc. de Hawai. Y también otra ley privada de 1977 pasaba por alto el hecho de que una compañía de transportes había presentado una letra al cobro demasiado tarde y le adjudicaba la suma de 1.725,60 dólares para el transporte de un cargamento de explosivos a Fuerte Walters, Texas[7].

En otro tiempo, estas leyes privadas habían sido bastante corrientes en los estados; legalizaban sociedades, solventaban pequeñas disputas sobre propiedades y aclaraban enredos administrativos e incluso concedían divorcios. En 1850, por ej., el legislativo de Alabama aprobó una ley autorizando el cambio del nombre de Matthew Robinson McClung por el de Matthew McClung Robinson[8]. Otra ley privada autorizó también a cierto John B. Moore («que se había dedicado a la práctica de la medicina durante nueve años... y se le consideraba habilidoso y útil») a continuar el ejercicio de la medicina aún cuando no tuviera el título de licenciado[9]. Sin embargo, las leyes privadas requerían demasiado tiempo al legislativo y además se prestaban a la corrupción. Después de la Guerra Civil, las constituciones de los estados empezaron a proscribir esta práctica. La Constitución de Illinois de 1870 prohibía las «leyes especiales o locales» y disponía que «en todos los supuestos... en que una ley general pueda ser aplicable, no se dictarán leyes especiales»[10].

El trabajo del Congreso o del legislativo de un estado, en cualquiera de sus sesiones, consiste en dictar docenas de leyes. Algunas son largas, complicadas e importantes; otras pueden quitar una coma o dos o hacer alguna modificación trivial a una ley más antigua. Algunas leyes establecen principios generales que los tribunales o los departamentos de la Administración tendrán que desmenuzar e interpretar; otras contienen normas detalladas con toda clase de pelos y señales.

El Código de la Renta Interior (la ley impositiva federal) es, probablemente, la ley (o conjuntos de preceptos) más complicada de todas las de los Estados Unidos. Algunas de sus disposiciones son amplias y generales; otras llegan a detalles increibles. Por lo demás, es totalmente incomprensible; es una selva impenetrable y oscura que sólo los especialistas pueden abordar; e incluso ellos tienen muchos problemas. He aquí un ejemplo de su prosa. Es el artículo 71 del Código y, básicamente, dice lo siguiente: si una mujer divorciada o separada legalmente obtiene una pensión alimenticia, debe hacer figurar esos cobros como ingresos liquidables en su declaración de renta. Sin embargo, esta regla no se aplica a la pensión alimenticia consistente en un tanto alzado.

> (1) **Sentencia de divorcio o de separación matrimonial.**—Si una mujer se halla divorciada o legalmente separada de su esposo por sentencia de divorcio o de separación matrimonial, habrá de computar en su renta bruta los pagos periódicos (sean o no a intérvalos regulares) que reciba después de dicha sentencia, en cumplimiento de (o atribuibles a transferencias de propiedad, operaciones fiduciarias o por cualquier otra causa) una obligación legal que, a causa de la relación matrimonial o familiar, se ha impuesto o corre a cargo del marido, por sentencia o por cualquier otra resolución incidental de dicho divorcio o separación.
>
> (2) **Convenio escrito de separación.**—Si una mujer se halla separada de su esposo y existe un convenio escrito de separación, ejecutado después de la fecha de la entrada en vigor de este título, la renta bruta de la esposa incluirá los pagos periódicos (sean o no a intérvalos regulares) recibidos después de la ejecución del convenio y hechos en virtud del

mismo o por razones matrimoniales o familiares (o atribuibles a transferencias de propiedad, operaciones fiduciarias o por cualquier otro motivo y a causa del mencionado convenio o de dichas relaciones). Este párrafo no será de aplicación en el caso de que los cónyuges hagan una sola declaración conjunta.

(3) **Sentencia de alimentos.**—Si una mujer se halla separada de su marido, su renta bruta debe incluir los pagos periódicos (sean o no a intérvalos regulares) de su esposo, debidos a sentencia posterior a marzo de 1954 y que reciba después de la entrada en vigor del presente título, en concepto de alimentos o contribución a las cargas del matrimonio. Este párrafo no será de aplicación si ambos cónyuges hacen una sola declaración conjunta.

(c) Cantidad principal pagada a plazos.

(1) **Regla general.**—A los fines de la subsección (a), los pagos de plazos a cuenta de una obligación principal, consistentes en bienes o en dinero, cuyo importe resulte especificado en documento, convenio o sentencia, no tendrán la consideración de pagos periódicos.

(2) **Cuando el plazo de pago sea superior a 10 años.**—Si, según los términos de la sentencia, documento o convenio, la suma principal mencionada en el párrafo (1) debe o puede pagarse durante un período que finalice transcurridos más de 10 años desde la fecha de la referida sentencia, documento o convenio, entonces (a pesar de lo dicho en el párrafo (1)), los pagos aplazados se considerarán pagos periódicos a los fines de la subsección (a), pero (en lo que se refiere a la esposa y a un determinado año fiscal), sólo hasta el límite de un 10 por ciento de la suma principal. A dichos fines, la parte de la suma principal que corresponda a un período posterior al del año fiscal en que lo reciba la esposa, se considerará como un plazo correspondiente al año fiscal en el que se efectúe el pago.

Al otro lado del abanico encontramos leyes que delegan amplios poderes al Presidente o a algún departamento de la Administración o que contienen términos muy vagos y generales. La famosa ley Sherman, aprobada por el Congreso en 1890, es la fuente de las demás leyes federales antimonopolio; rama del Derecho que trata de los monopolios y de las prácticas restrictivas de la competencia. La ley Sherman ocupa sólo una página, más o menos. Hay una disposición clave que simplemente proscribe «todo contrato, asociación... o conspiración para restringir el comercio»; otra establece que quienquiera que «monopolice o intente monopolizar» algún sector del

comercio interestatal será considerado autor de una infracción penal. Naturalmente quedan muchas preguntas sin contestar. ¿Qué es un monopolio? ¿Qué significa «restringir» el comercio? Si una sociedad controla el 56% del mercado de lapiceros, ¿está «monopolizando» este mercado? En cualquier caso, ¿los lapiceros constituyen un «mercado»?

La ley es, cuando menos, muy poco concreta. Tampoco prevee ningún departamento o cuerpo especial para dirigir la lucha contra los «monopolios» y determinar la interpretación de la ley y su ejecución. En este aspecto, la ley Sherman es totalmente distinta de otras leyes generales, especialmente de las posteriores. Sin embargo, la ley que creó la Comisión Federal de Comunicaciones es también maravillosamente vaga. La comisión tiene potestad para autorizar emisiones de radio y televisión; el único criterio que menciona la ley es «la conveniencia y las necesidades públicas». Esto, por sí solo, no significa mucho, pero al menos sabemos que hay una Comisión encargada de ello. Su función consistirá en vestir un poco el esqueleto de la ley. Habría sido mejor que el Congreso hubiera dado alguna indicación a la Comisión. El Congreso prefirió no hacerlo.

En lo que respecta a la ley Sherman, quienes toman las decisiones son el Ministerio Fiscal, el Departamento de Justicia y los Tribunales inferiores. Tienen la misión de decidir aquello que deba considerarse una transgresión; las personas que proceda encartar y las que deban quedar al margen. El Ministerio Fiscal y el Departamento de Justicia toman las primeras decisiones; los tribunales federales aceptan o rechazan las pretensiones de la Administración. Han pasado más de noventa años desde que se aprobó la ley Sherman; se ha ido acumulando un importante cuerpo de material jurídico. Sin aquella ley, ese cuerpo de material jurídico no existiría y, sin embargo, su configuración concreta debe muy poco a los términos de dicha ley.

¿Por qué se desprende el Congreso de tantas facultades? ¿Por qué delega su autoridad en otras Administraciones? Es un fenómeno que, en gran parte, sólo se explica por el limitado alcance y las pocas posibilidades materiales del Congreso.

El Congreso se compone de un número limitado de hombres y mujeres y sólo hay un número determinado de horas al día. El Congreso no dispone del tiempo suficiente y tampoco es capaz de fijar los detalles que requieren las leyes modernas. Por ejemplo, con la ley de 1906 sobre la composición de los alimentos, el Congreso prohibió la publicación y venta de alimentos adulterados. Este es el principio

general. Pero es la Administración de Alimentos y Fármacos la que toma las decisiones concretas. Es ella, y no el Congreso, la que decide cuanta grasa animal puede contener un helado para que pueda seguir considerandose un helado y qué productos químicos pueden utilizarse para hacer que los pepinillos aparezcan verdes y brillantes en los escaparates. Es la Administración de Alimentos y Fármacos la que contrata químicos y médicos y los pone a trabajar en esta materia. Es tarea de esa Administración el decidir las cuestiones de grasas y aditivos. El Congreso tiene otras cosas que hacer.

No es esta la única causa de la delegación de funciones. Delegar es también una forma de dilatar, un modo de esquivar o de transigir una cuestión. En el trasfondo de la ley Sherman había una enorme controversia sobre la cuestión de los «trusts». Los trusts eran enormes sociedades industriales; la mayor de todas era la Standard Oil, imperio de John D. Rockefeller. El Congreso tenía que hacer algo para tranquilizar a la alterada opinión pública de la década de 1880. Pero no sabía muy bien que hacer; y, por otro lado, las grandes finanzas eran, naturalmente, una fuerza política muy potente. El Congreso respondió a esas presiones conflictivas dictando una ley amplia, majestuosa, maravillosamente vaga. Ello sirvió para calmar a la gente; dicha ley tampoco creó ningún aparato para llevar a cabo la política que anunciaba de forma tan amplia. El Congreso eludió el problema que se planteaba a largo plazo y se lo pasó al poder ejecutivo y a los tribunales[11].

Todas las leyes y reglamentos, tanto si provienen del Congreso como de los legislativos de los estados o de los Consistorios municipales, son una mezcla particular, con características propias, de detalles concretos y amplios y vagos principios. Unas, desde luego, omiten toda clase de detalles; otras dejan fuera los grandes principios. Pero las hay que mezclan ambas cosas. Ohio —para poner un ejemplo entre mil—, tiene una ley sobre alimentos adulterados. ¿Qué significa la palabra *adulterado*? Pueden darse muchas definiciones. Unas, muy generales: un alimento está adulterado si en él se ha «omitido» algún «componente de valor». Pero la ley también desciende a detalles minúsculos: un caramelo se considera adulterado «si contiene alcohol o alguna sustancia o elemento no nutritivo fuera de los colorantes, condimentos y barnices resinosos inocuos que no sobrepasen las cuatro centésimas por ciento» y así sucesivamente[12].

¿Por qué razón las leyes son de una u otra forma? ¿Quién toma la decisión y por qué? La mezcla de lo general con los detalles depende, en cada caso, de la génesis y la política de cada ley en particular. Es difícil añadir algo más concreto, excepto señalar quizás que «las circunstancias históricas» no tienen casi nada que ver con el asunto; ni es tampoco una cuestión de técnica de redacción. Los legislativos no aprueban las leyes como si se tratase de un ejercicio académico ni de forma caprichosa, sino debido a que alguien les empuja: las fuerzas sociales que se hallan detrás de cada ley en particular explican su forma tanto como su contenido.

Las leyes y su interpretación

Una ley es, naturalmente, una especie de mandato. Los legisladores las dictan pero no se ocupan de aplicarlas ni de interpretarlas. Este trabajo es para otros. Cada ley tiene un doble mensaje. En primer lugar, la ley transmite a los ciudadanos (o a una parte de ellos) un repertorio de mandatos o prohibiciones, o de derechos y privilegios. En segundo lugar, la ley también contiene un mensaje para una determinada autoridad, dando instrucciones de como aplicar la ley. Este segundo mensaje puede ser implícito y a menudo lo es; no necesariamente viene en la ley con todas sus palabras.

El Código Penal de Indiana (art. 35-42.5-1), por ej., establece que si una persona toma intencionadamente «bienes propiedad de otra» con fuerza o intimidación, comete un delito de robo. Un convicto de robo puede ser enviado a prisión. Este precepto del Código Penal es, ante todo, un mensaje a todos los ciudadanos, advirtiéndoles (suponiendo que lo necesiten) de que el robo está prohibido y puede ser castigado. Al mismo tiempo, esta ley es un mensaje a los fiscales, policías, jueces, jurados, funcionarios de prisiones y toda una hueste de funcionarios diversos, autorizándoles a cumplir con su deber con respecto a los ladrones. No se menciona, sin embargo, a ninguno de estos funcionarios en esta ley en particular. Hay otras leyes en Indiana que tratan de la estructura del sistema de la justicia criminal; y el precepto del Código que trata del robo implica y tiene en cuenta esas otras disposiciones. Si queremos averiguar si el precepto sobre el robo «funciona» o no, debemos examinar el impacto de ambos mensajes. ¿Llega a calar en los ladrones reales o potenciales? ¿Cala también en los funcionarios ejecutores de la ley? ¿Hacen su trabajo ejecutivo? Naturalmente, estas preguntas no están desvinculadas las unas de las otras.

Es éste un ejemplo simple porque la disposición misma sobre el robo es relativamente sencilla. Su redactado no es especialmente difícil. Un atraco callejero es, obviamente, un caso de robo. Puede haber

casos límites, pero el cuerpo principal de la ley resulta claro para cualquiera que lo lea. Por lo demás, los profanos no tienen porque leerlo. La gente no se lee el Código Penal, pero sin embargo, la gente sabe que el robo es un delito, pues este precepto se apoya en una norma básica y bien conocida de la cultura americana. El otro aspecto del mensaje está también muy claro. Encargarse de los ladrones forma parte del trabajo normal y ordinario de policías, jueces, personal de prisiones, etc.

Hay muchas otras leyes bastante más problemáticas, ambiguas, confusas, novedosas, muy complicadas o extremadamente vagas. Ya hemos visto algunos ejemplos: el Código de la Renta interior es una muestra de enorme complejidad; la Ley Sherman, un ejemplo de gran vaguedad. Incluso las leyes «claras» presentan problemas de interpretación. La vida está llena de sorpresas y a veces surgen situaciones que no encajan totalmente con la ley y a lo mejor, más tarde, sí. En otras palabras; constantemente hay problemas sobre lo que la ley dice realmente y sobre cómo interpretarla cuando tiene dos posibles lecturas; y qué hacer cuando no estamos seguros de que pueda aplicarse a una determinada situación.

¿Quién determina el verdadero sentido de una ley? Un abogado diría, casi automáticamente: los tribunales. Ello es cierto para los casos difíciles; los tribunales tienen la última palabra para determinar el sentido de la ley. Cuando el Congreso aprobó el Título VII de la Ley de Derechos Cívicos de 1964, ¿querían los legisladores terminar con la discriminación contra las personas de raza negra y demás minorías o su intención era la de barrer de la ley *cualquier tipo* de discriminación racial, por «benigna» que fuera? ¿Podría un blanco acogerse a la ley de derechos cívicos? El trasfondo era ambiguo y los términos de esta ley no aportaban gran ayuda en los casos extremos. Al final, el Tribunal Supremo tuvo que decidir lo que había de hacerse con la «discriminación inversa». Por ej., en un caso famoso, «*United Steelworkers c. Weber*»[13], el Tribunal abordó frontalmente el problema. El sindicato había firmado un convenio colectivo con «Kaiser Aluminium» que reservaba a los negros la mitad de los nuevos puestos de trabajo para los programas de aprendizaje del oficio. Un trabajador blanco acudió a la Justicia. El Tribunal, en una discutida sentencia, confirmó aquel convenio y afirmó que la Ley de Derechos Cívicos no prohibía los acuerdos de esa clase.

Los tribunales, en muchos casos, crean Derecho, en el sentido literal de la palabra, porque son los únicos que interpretan las leyes. Sin una interpretación oficial, muchas de las leyes carecerían de sentido. Este es un punto que también podría distorsionar la imagen que tenemos del proceso legal. De los cientos de leyes y modificaciones legales que salen cada año de las Cámaras legislativas, sólo un pequeño (aunque importante) porcentaje llega a los tribunales para su interpretación. El resto son interpretadas por otras personas. En cierto modo, todos los que manejan el Derecho, en la forma que sea, incluyendo a los policías, funcionarios de la Seguridad Social —y también los ciudadanos, en general— interpretan la ley, a sabiendas o no. Los abogados juegan un papel clave en este proceso. Tomemos, por ej., aquella obscura disposición del Código de la Renta interior que antes hemos citado. Su mensaje es demasiado complejo, demasiado «jurídico» para los ciudadanos en general. Alguna otra persona tiene que recibir el mensaje, digerirlo, almacenarlo y retransmitirlo en forma más sencilla. Ese es el trabajo del abogado especializado en Derecho Fiscal.

No lo hace él solo. En su despacho recibe el material que le mandan las editoriales de libros jurídicos, los servicios de impuestos industriales, los Sindicatos, etc. que le ayudan a mantenerse al día. De modo parecido, existen personas que trabajan para alguna gran empresa o institución (una Universidad o un Hospital) y que tienen el cometido de filtrar de las montañas de papel que llegan a esa institución todas las leyes, reglamentos y normas que les afectan. También estas personas digieren el Derecho y lo almacenan de forma que pueda ser utilizado por esos organismos. Ellas también interpretan la ley. Las leyes que interpretan los tribunales suelen levantar, desde luego, fuertes polémicas. Esta es, ante todo, la razón del porque llegan a los tribunales. ¿Cómo decide un tribunal lo que una ley significa? Los Tribunales llevan siglos trabajando con las leyes. Han confeccionado un cuerpo de doctrina, de «interpretación» de las leyes. Se trata de normas sobre normas o, en términos más realistas, de pautas rayadas y normas de experiencia. Algunas de ellas vienen en forma de «máximas» o «cánones de interpretación»; brocardos o aforismos que reúnen varias pautas de interpretación condensadas en una o dos frases.

Hay una máxima, por ej., que dice que las leyes penales deben «interpretarse restrictivamente». Significa que cuando la ley convierte una determinada conducta en delictiva, los tribunales deben interpretarla restrictivamente. Deben ceñirse lo más posible al sentido literal de las palabras. Deben evitar cualquier interpretación que pueda conducir a aplicar la ley a conductas que no estén previstas, de forma clara y sin error posible, en el texto de la ley. De otro modo

podríamos castigar a personas sin haberlas antes advertido debidamente de que su comportamiento podía ser delictivo.

Explicada de ese modo, la idea es justa y razonable. En la práctica puede ir fácilmente demasiado lejos. En un famoso caso[14], el Tribunal Supremo de los Estados Unidos tuvo que interpretar la Ley Nacional de 1919 sobre robo de vehículos a motor. Esta ley definía el vehículo a motor como «un automóvil, camión... motocicleta o cualquier vehículo auto-propulsado que no esté diseñado para circular sobre raíles». El Congreso consideró delito el cruzar las fronteras del estado con uno de estos vehículos «a sabiendas de haber sido robado». El acusado Mc Boyle había volado en un aeroplano robado desde Illinois a Oklahoma. ¿Había Mc Boyle violado la ley de 1919? Un aeroplano es un vehículo a motor y, sin lugar a dudas, no circula sobre raíles. Pero el Tribunal Supremo dejó a Mc Boyle en libertad. Una ley penal debe contener «una advertencia clara» «en un lenguaje que las personas normales puedan comprender». La ley estaba redactada en términos que «en una mentalidad media evocaban sólo la imagen de vehículos circulando sobre el suelo». No sería correcto que el Tribunal extendiera esta ley a los aeroplanos. Mc. Boyle fue puesto en libertad y el Congreso enmendó la ley en 1945, incluyendo en ella a los aviones[15].

Según otra máxima famosa, las leyes que «deroguen el common-law» también deben ser interpretadas restrictivamente. Su significado no es muy preciso, pero refleja una tendencia interesante. La tendencia de los tribunales a contemplar cautelosamente los cambios jurídicos que vengan de los legislativos y no de los mismos tribunales. Muchos tribunales, en el pasado, tuvieron ciertamente una visión más bien estrecha y poco generosa de las leyes. Las contemplaban (en cierto sentido) como a intrusas que descomponían la belleza y la simetría del «common law». Esta costumbre generalizada de los tribunales ayuda a explicar el estilo más bien peculiar de las leyes americanas (e inglesas). Muchas de ellas son increíblemente frondosas en palabras, añadiendo sinónimo tras sinónimo. He aquí un ejemplo típico:

«Es nula toda promesa, acuerdo, nota, carta, reconocimiento de deuda u otro contrato, hipoteca o garantía cuando, total o parcialmente, se dé en consideración al dinero o a cualquier otra cosa de valor ganada o perdida, apostada o jugada en cualquier clase de juego, carrera de caballos o pelea de gallos, deporte o pasatiempo; o en una apuesta; o para la devolución del dinero prestado o adelantado en ocasión del juego, carrera o apuesta, con el fin de dejarlo, apostarlo o jugarlo; o ya dejado, apostado o jugado».

Este texto es de una ley de Ohio; y todo lo que quiere decir es que los contratos sobre el juego son nulos (esto es; ningún tribunal levantará el dedo meñique para ayudar a las partes a cobrar el dinero o a ejecutar el contrato)[16]. Este significado básico puede expresarse en cuatro palabras; diez o doce palabras más pueden ayudar a explicarlo un poco mejor. El Código utiliza más de ochenta palabras, todas formando parte de una frase única, muy larga y difícil. El redactor la escribió como si tuviese que prever cada posible fisura o vacío de sentido; como si el texto fuese un bote pequeño y agujereado en un mar proceloso y hostil. Todas estas precauciones, sinónimos e incontables legalismos eran para evitar que los tribunales agujereasen la ley o agrandasen las pequeñas rendijas que pudiera contener.

Hay muchas otras reglas o cánones de interpretación. Algunos estados los tienen en una lista oficial y forman parte de los Códigos. Pero incluso en estos casos, es dudoso que estas reglas sean muy efectivas; que sean otra cosa que un simple pretexto para que los tribunales hagan más o menos lo que quieran al interpretar las leyes. Karl Llewellyn, en su bien conocido ensayo, señalaba que la mayor parte de las reglas tienen sus contrarias; son válvulas de escape, de modo que el tribunal puede ignorar la que quiera de las dos y utilizar la contraria. Por ejemplo, según una de esas reglas los tribunales deberían interpretar las leyes de modo que den sentido a cada uno de los términos o cláusulas del texto. Por otro lado, los tribunales pueden (según otra máxima) rechazar como «innecesarias» palabras que se hallen «insertas por inadvertencia» o que «repugnen» al resto del texto legal. Ambas reglas son perfectamente contradictorias[17].

Falta información sistemática sobre la forma como los tribunales interpretan, de hecho, las leyes. Probablemente, ello depende en gran parte, de la postura de los jueces frente al contenido de la ley. Hasta las máximas hacen distintos, por ej., limitando el alcance de las leyes criminales, como ya vimos. En todo caso, los tribunales se mueven dentro de ciertos límites. Pueden torcer o tirar un poco, pero no pueden interpretar negro cuando la ley dice blanco, o arriba, cuando dice abajo. Las palabras de una ley no son como la pastelina, sino que se parecen más bien al caucho, que puede darse un poco de aquí o de allá pero no puede cambiar totalmente de forma. El «interpretar» de modo tal que se convierta lo blanco en negro o la noche

en día traspasaría los límites de la tradición forense y echaría por los suelos la propia imagen que tienen los jueces de su legítimo papel.

Como ya dijimos, sería erróneo hablar de la interpretación de las leyes como si se tratara de algo que los tribunales hubiesen de decidir ellos solos; como si las leyes no pudiesen tener significado alguno antes de que se lo dieran los tribunales. Por el contrario, como ya sabemos, la mayor parte de las leyes no son interpretadas, en absoluto, por los tribunales y, ello no obstante, tienen un significado bien definido. Son entendidas de tal o cual manera por las personas que las aplican o que caen bajo su ámbito. Aparte de esto, está la cuestión de cual debe ser el papel de los tribunales cuando interpretan las leyes. ¿Existe algo así como el sentido «verdadero» o «real» de un texto?

A menudo hay un significado literal, pero incluso éste puede, a veces, carecer de sentido o llevar a un resultado absurdo. El significado de una ley tiene algo que ver con su finalidad; con lo que tenían en la mente los miembros del legislativo o con la razón principal de su promulgación. De hecho, ello sólo nos lleva un poco más lejos. La finalidad del legislativo es un término resbaladizo. En primer lugar nadie puede realmente leer en la mente de los legisladores y, en segundo lugar, hay que leer demasiadas mentes: 435 sólo en la Cámara de Representantes. Hallar la verdadera finalidad o intención de una ley no es fácil, ni en la teoría ni en la práctica.

En la mente de muchos legisladores puede ser que, ciertamente, no haya nada que leer, incluso en el caso de que tuviésemos manera de entrar en sus mentes. Hay muchos miembros del Congreso que no leen nunca las leyes que votan; otros puede que sólo tengan una ligera idea de lo que dicen. Unos votan por lealtad al partido; otros, para hacer un favor a otros compañeros legisladores. Incluso aquellos diputados que juegan un papel activo en la redacción o aprobación de alguna ley en particular, pueden tener sobre ella ideas completamente distintas; nociones contradictorias sobre el propósito o el sentido de la ley.

Naturalmente, en un supuesto dudoso, el intérprete realiza una honesta búsqueda del sentido y finalidad de la ley. Puede empezar preguntándose que fue lo que movió al legislador a actuar. Pueden existir datos importantes en lo que viene llamándose la «historia legislativa». El término se refiere básicamente al material ajeno al texto mismo que proyecta alguna luz sobre su significado. Comprende los acontecimientos o situaciones que van desde la exposición de motivos al texto del proyecto de ley; sus varios borradores y como se han

ido modificando; los informes y debates de la Comisión y los del hemiciclo; el testimonio del público; es decir, todo el proceso, hasta que el Presidente o el Gobernador ponen su firma en la ley.

Los tribunales ingleses, en términos generales, suelen negarse a prestar atención a la historia legislativa; insisten en que sólo debe tenerse en cuenta el texto legal. La doctrina, en Norteamérica, es muy distinta. Algunos jueces sostienen que los antecedentes son importantes sólo cuando el texto es ambiguo: si la ley tiene un «claro significado» no hay razón para buscar en las ampulosas actas de las sesiones del Congreso y demás. Pero la norma del «claro significado» se descartó ya en la anterior generación y ahora es práctica común utilizar la historia legislativa para interpretar las leyes[18]. Por ej.; en el caso *United Steeworkers c/. Weber* —el caso del año 1979 en el que un trabajador blanco impugnó un programa de acción para los trabajadores negros, por ser una forma de discriminación racial contra los blancos— el Magistrado Brennan citó extensamente textos de las actas de las sesiones del Congreso para apoyar su opinión con respecto al significado del Título VII de la Ley de Derechos Cívicos de 1964. Para no ser menos, el Magistrado Rehnquist, discrepando, adujo todavía citas más abundantes para demostrar el punto contrario. En éste, como en muchos otros casos, la historia legislativa sirve de poco para conducirnos a una única respuesta correcta.

Si, de una parte, la historia legislativa de un estado tiende a ser más bien escasa, el Congreso llena páginas y más páginas de papel. En muchos casos el problema radica en que hay demasiada historia. Puede haber tnatas versiones, borradores, debates, informes, mensajes, etc., que el Juez puede encontrar material suficiente para sostener *cualquier* posible interpretación. El caso *Weber* es un buen ejemplo de ello. Este no es, sin embargo, un verdadero argumento en contra del uso de la historia legislativa. Como dijo el Profesor Kenneth Davis, «sería un poco como pretender que no debemos perforar en busca de petróleo porque muchas perforaciones terminan en pozos secos. El hecho importante es que algunas perforaciones dan petróleo»[19]. En todo caso es claro que la historia legislativa seguirá utilizándose.

El proceso legislativo decisorio

Al igual que hay una serie de obras de Derecho que tratan del proceso decisorio de los tribunales, existe también una producción especializada para explicar como se toman las decisiones en el legis-

lativo. Estos libros tratan, entre otras cosas, del efecto de la opinión pública (en general) sobre el proceso legislativo y, (en particular) del papel de los grupos de presión y de los intereses organizados de grupo. Esta bibliografía jurídica es rica y compleja y no puede reducirse a una simple y única fórmula. Hay unos cuantos puntos que sobresalen:

Primeramente, la mayor parte de los estudiosos convienen en que los legisladores, al menos hasta cierto punto, actúan respondiendo a los deseos del electorado. Se inclinan a hacer lo que quieren los electores de sus distritos o, al menos, lo que quieren aquéllos que les escriben cartas, les dan dinero o de alguna forma ejercen alguna presión. Los legisladores no se limitan, simplemente, a seguir sus ideales. Los ideales y las convicciones son, ciertamente, importantes para los legisladores; pero un diputado del Congreso o de un Parlamento estatal sabe que puede ser fatal perder *demasiado* el contacto con el electorado y sus deseos; puede perder su escaño en las próximas elecciones.

En segundo lugar, la producción de los legislativos refleja la fuerza social ejercida; en otras palabras, podemos explicar su rendimiento (la legislación) a través de la energía recibida (la presión social). En el Parlamento, los hombres y las mujeres son medios, conductos, pero no fuerzas independientes. Hay, sin embargo, grandes discrepancias sobre cual sea la fuente de esta presión. ¿Quién ejerce la fuerza? Los moderados (y los conservadores) ponen el acento en el «pluralismo» de la vida política americana. No pretenden decir que todo el mundo tenga igual peso; pero subrayan que hay muchos grupos de intereses que obtienen algún tipo de respuesta por parte de los legisladores. Hay una buena dosis de gobierno popular. Los legisladores atienden muchas voces plurales que piden fines y medios distintos. Los diversos grupos parlamentarios tienen que negociar unos con otros, dentro y fuera del Parlamento; tienen que negociar y transigir; ningún grupo consigue nunca, por sí solo, todo lo que quiere. La forma misma de gobierno refuerza ese sistema: no hay un «único centro de poder soberano», más bien hay «múltiples centros de poder, ninguno de los cuales es o puede ser totalmente soberano»[20].

Muchos estudiosos rechazan esta imagen. Creen que es demasiado color de rosa. Esas críticas aducen que sólo los ricos y poderosos tienen verdadera influencia en las decisiones; son los únicos que pueden permitirse camarillas políticas; los únicos que pueden montar verdaderas campañas para conseguir resultados en el Congreso o

en un Parlamento estatal. Por lo demás, las campañas mismas son cada vez más caras. Los candidatos no podrían mantenerse sin un montón de dinero para pagar los espacios de televisión, imprimir folletos, contratar asesores de imagen, personal y demás. Sólo los grandes intereses tienen poder económico bastante para dar contribuciones importantes; ello les da un peso en las elecciones y en el comportamiento de los legisladores que el ciudadano medio no puede pretender alcanzar nunca. Los pobres, las minorías, los impopulares están excluidos del proceso. Y también lo están los llamados intereses «difusos» y los de los consumidores y peatones.

La palabra «*lobbyist*»* tiene una aureola, sino siniestra, sí al menos antipática. Desde 1946, el Congreso exige a estas personas «que hacen los pasillos» que estén inscritas en un registro. Esta ley las define como las personas que «por dinero» intentan «influir en la aprobación o rechazo de alguna disposición legislativa». Deben revelar las personas a quienes representan y el dinero que perciben[21]. Al amparo de dicha ley se han registrado, literalmente, miles de personas que se dedican a esta labor.

Estos agentes protestan, no sin razón, de que no merecen la mala reputación que tienen. Ha habido, ciertamente, agentes corruptos, que han utilizado presiones o sobornos para obtener sus propósitos. Pero, en general, su trabajo es una parte vital del proceso democrático. Movilizan el apoyo o la oposición de los ciudadanos acerca de los proyectos de ley; tienen informados a los legisladores de lo que sucede al más bajo nivel (o a otros niveles). El Club Sierra tiene agentes de éstos; también los tiene la «National Rifle Association», el Gobierno japonés y la Universidad de Harvard. De hecho, como tantas otras facetas del Derecho y la política, esa actividad es un fenómeno complejo; ni del todo bueno, ni del todo malo; y profundamente arraigado en la tradición americana.

Los estudios sobre el proceso legislativo llaman la atención sobre el hecho de que las votaciones de los proyectos de ley no son actos aislados. Un legislativo es una institución, un sistema; sus miembros se conocen unos a otros y tienen que aprender a vivir y a trabajar con sus colegas. El Congreso no es «un grupo de hombres y mujeres anónimos que se encuentran ocasionalmente para aprobar

---

*Palabra de difícil traducción. «Un lobbyist es un agente o gestor de un grupo de presión cerca de los legisladores del Congreso (o de la Cámara de los Estados Unidos) y que cobra por su actividad» GARCIA PELAYO, Manuel: «Derecho Constitucional Comparado». 6.ª Edición. 686 pp. Manuales de la Revista de Occidente. Madrid 1961, p. 416. (N. T.).

las leyes»; al contrario, es un cuerpo con continuidad, con «una elaborada estructura formal e informal; con tradiciones, normas y costumbres aceptadas»[22]. Y lo mismo cabe decir de los legislativos de los estados.

Esto significa que, por ej., para entender el proceso legislativo, debemos entender la estructura de los comités, el derecho de antigüedad, el sistema de partidos y demás. Debemos tener presente, también, que sus miembros no se ocupan aisladamente de los proyectos de ley, uno por uno. Más bien «se ocupan» los unos de los otros; negocian los votos de forma más o menos sutil. Se negocia mucho, especialmente cuando se trata de invertir el dinero de los impuestos en proyectos de obras públicas (leyes para la construcción de obras de irrigación, pantanos, mejora de puertos, etc.) en los distritos locales. Esto es; el diputado A acepta votar a favor del pantano en el distrito del diputado B si B se aviene a votar por el puerto de A. Lo que ha venido en llamarse el «trato implícito» es todavía más sutil y más importante; es una forma de negociar el voto menos vulgar, menos abierta, pero que continúa formando parte de este proceso de «avanzar hacia el objetivo»[23]. Los diputados están siempre pendientes de sus otros compañeros (y del Presidente o del Gobernador) y normalmente desean complacer a los demás a cambio de un poco de buena voluntad, o de que se les eche una mano cuando la necesiten o, al menos, ser oídos con cariño cuando se trate de *sus* intereses. Hay, desde luego, límites de hasta dónde puede llegar un diputado en esos «tratos». Debe ir con cuidado, no sea que «traten» de echarle a él mismo del escaño.

Es de esperar, pues, que si una ley es compleja, al final termine siendo el resultado de un compromiso. Se consigue después de un confuso juego de dar y tomar en el que los diputados, que reciben constantemente del electorado toquecitos en la espalda, juegan fuerte al poker unos con otros. Cualquier gran proyecto de ley serviría de ejemplo. Cualquier ley importante que regule los ferrocarriles reflejará, con seguridad, las varias clases de influencias recibidas de los cargadores, consumidores y de los propios ferrocarriles. La Ley Sherman reflejaba tanto el clamor de los ciudadanos como las maniobras defensivas de las grandes empresas. La cuestión importante en cada caso es, desde luego, el saber el peso exacto que haya tenido cada uno de los intereses en juego. No siempre es fácil saberlo.

Hay pues una vía intermedida entre una actitud pluralista exagerada y los extremismos del otro lado. El proceso legislativo ni es tan perfectamente complaciente con todo el mundo, como piensan

algunos, ni tan elitista y poco democrático como los peores cínicos lo describen. Es más bien rudimentario, complejo e imperfecto. También cambia con el tiempo. Los negros y los consumidores tienen ahora, por ejemplo, muchas más posibilidades de llegar a influir en los diputados que no tenían hace cincuenta años.

El proceso legislativo necesita, en general, mayor investigación. En especial, es preciso saber mucho más sobre los últimos peones del proceso legislativo. La mayor parte de las investigaciones de que disponemos tienen por objeto el Congreso, aunque algunas traten de los legislativos estatales. Estamos mucho más a oscuras en lo que se refiere a los consistorios municipales, oficinas de urbanismo y distritos escolares. El consistorio municipal de Memphis, Tennessee, o el distrito escolar de Bangor, Maine, pueden no parecer muy importantes al resto del país; pero el trabajo de estos departamentos locales, tomados en su conjunto, es absolutamente fundamental y requiere un cuidadoso estudio.

6

La estructura del Derecho Norteamericano: La actividad del ejecutivo

EL SECTOR ADMINISTRATIVO del sistema jurídico es el que crece con más rapidez; es la punta de la lanza. Es un cuerpo cuyo esqueleto está hecho de cientos de oficinas, agencias, organismos, comités, comisiones y otros órganos que se entrometen en todos los aspectos de la vida moderna. Es también el objeto de un duro ataque; «*desreglamentar*» es uno de los slogans del día; la Administración Reagan llegó al poder, en 1980, autocalificándose enemiga jurada de los «burócratas». De hecho, nadie piensa seriamente que esté próximo el fin del Derecho administrativo. Ni el más activo jardinero puede aspirar a podar más de una o dos pulgadas de su ramaje; todavía quedarán millas y millas de bosque.

Es fácil ensartar ejemplos de agencias o tribunales administrativos. Pero es más difícil dar con una definición exacta del sector administrativo. Ciertamente, la mejor definición, aunque parezca anárquica, puede que sea negativa: el sector administrativo es todo lo que queda del Derecho y del Gobierno si les quitamos los tribunales, los cuerpos legislativos, el Presidente, todos los gobernadores, alcaldes, Juntas de condado (con su personal más inmediato), la policía y las agencias que se ocupan de la defensa nacional. Lo que queda —la parte del sistema jurídico que se ocupa de las reglamentaciones y de la política de ordenación y coercitiva— representa al sector administrativo.

Esta parte residual contiene un enorme cuerpo de hombres y mujeres y un aparato gigantesco. Están, por ej., la Comisión de Comercio Interestatal; la Administración de Alimentos y Fármacos; la Comisión de cambios y garantías; la Oficina Aeronáutica Civil; la Comisión Federal de Comercio; la Comisión Federal de la Energía y docenas de otros organismos federales importantes. Muchos de estos organismos tienen sus equivalentes en los estados; otros no.

Por otra parte, los estados tienen muchos entes que no tienen equivalente federal (nacional). Entre éstos están la mayoría de los que expiden licencias o permisos para ejercer profesiones. Estos organismos oscuros (alojados a veces en pequeñas oficinas de la capital del estado) convocan exámenes, dictan reglamentos, expiden licencias a médicos, enfermeras, fontaneros, relojeros, peluqueros, psicólogos clínicos y comadronas, entre otros.

Estas oficinas, tomadas en conjunto, tienen mucha importancia. Cada estado tiene muchas oficinas de licencias y permisos. Algunos comerciantes y profesionales (los médicos, por ej.) están sujetos, en todas partes, a determinadas normas sobre licencias. En todos los estados existe la común actividad administrativa de autorizar licencias pero hay pequeñas variaciones locales y licencias adicionales. Tennessee tiene una oficina estatal para autorizar la profesión de contable; otra que somete a examen a los arquitectos e ingenieros y otras para los peluqueros, maquilladores, directores de funerarias y embalsamadores, contratistas en general, agentes de la propiedad inmobiliaria, «profesionales del medioambiente», agrimensores, subastadores, agencias de cobro, encargados del control sanitario, agentes de oficinas de alquileres, investigadores privados y «expertos polígrafos» y ello sin mencionar a las profesiones sanitarias y asistenciales; médicos, enfermeras, veterinarios, psicólogos, patólogos del lenguaje, dentistas, quiromasajistas, vendedores de aparatos para sordos, optometristas, osteópatas y farmacéuticos, así como los que practican el «arte del masaje corporal, a mano o con un medio mecánico o vibrador»[1].

A nivel local también hallamos organismos administrativos, por ej., las oficinas de recursos en materia urbanística. Deciden cuestiones tales como si el Sr. y la Sra. Smith pueden abrir un restaurante en Elm Street o si Elm Street debe quedar como zona residencial. No es una cuestión de importancia mundial, pero significa mucho para los Smiths y para sus inmediatos vecinos. También hay, a nivel local, comisarios de parques, autoridades portuarias, comisiones de puentes, asesores de impuestos; hay servicios de alcantarillado públi-

co y agencias encargadas del control de los mosquitos. Y lo que es quizá más importante, hay oficinas locles que dirigen la educación.

¿Tienen algo en común esas oficinas y organismos que van de la base al vértice de la pirámide? En conjunto participan de una curiosa mezcla de dependencia e independencia. Para que existan, se precisa una ley del Congreso o de algún legislativo estatal o una ordenanza municipal. El que los ha creado puede también suprimirlos, derogando la ley o la ordenanza en cuestión. Es bien sabido que esto no sucede a menudo. Una vez nacidos, se agarran con fuerza a la vida, y sus creadores se la conservan. Y sin embargo, la Historia está llena de fósiles de organismos extinguidos. La Oficina de Precios de la Administración, por ejemplo, tenía casi un poder dictatorial durante la segunda guerra mundial; fijaba los precios, los salarios y los alquileres. Ahora sólo forma parte de la Historia.

Existe, en muchos de estos organismos, una curiosa mezcla de poderes. Por un lado, actúan como legislativos; esto es, dictan normas y reglamentos. La Administración para Alimentos y Fármacos, por ejemplo, determina qué productos químicos pueden añadirse a los alimentos. También tienen su propio personal e inspectores para hacer cumplir sus normas. Pueden actuar, asimismo, como un tribunal. Esto es, si una empresa de la alimentación impugna alguna norma o resolución de la FDA (Food and Drug Administration), este organismos puede celebrar una audiencia, practicar las pruebas y llegar a una resolución motivada. Así, en 1981, la FDA, después de largas pruebas, resolvió que el edulcorante llamado «aspartame» era inocuo y podía ser utilizado en los alimentos, pero que los fabricantes de un spray aerosol nasal llamado «Alevaire» no habían demostrado que su producto fuese eficaz y no se aprobó su utilización[2]. Muchos organismos administrativos publican incluso informes. En las estanterías de las bibliotecas jurídicas reposan, por ejemplo, tomos y más tomos de las resoluciones de la Oficina Nacional de Relaciones Laborales. Contienen compendios de las resoluciones de esta Oficina que, a menudo, son tan importantes como las sentencias de los tribunales.

Algunos estudiosos y políticos están consternados por el veloz desarrollo del aparato administrativo. Lo ven como una especie de excrecencia cancerosa. Sin embargo, el hecho de que el aparato administrativo sea voluminoso y expansivo debe significar que una gran demanda social está en la base. Y, evidentemente, así es; es la demanda de atención continua, sistemática y planificada a los problemas y preocupaciones sociales. Los restantes órganos de la Administración prestan una atención de corto alcance y espasmódica. El Congreso salta de una crisis a otra; los tribunales de un caso a otro. En cambio, la Comisión de Garantías y Cambios es la única que vigila obstinadamente la Bolsa, las relaciones financieras y demás. La FDA es la única en controlar a las compañías de fármacos. El FCC vive en el mundo de las cadenas de TV todo el santo día.

La Administración americana refleja, en mayor o menor medida, lo que sucede en la comunidad. En la Administración americana, la planificación y el sistema crecieron paralelamente a la planificación y el sistema en los negocios. Las grandes empresas obtuvieron el control sobre sus elementos, sus unidades y sus divisiones por medio de reglas formales. Los trabajadores fichaban y seguían las instrucciones; el moderno Derecho laboral «legitimó, al tiempo que los regulaba, los modelos de los puestos de trabajo y las relaciones jerárquicas y de mando»[3]. El apartado administrativo es la forma pública y oficial de una realidad privada en expansión.

Como creció el Leviathan: un breve bosquejo

Es difícil imaginar un cambio más sorprendente en el gobierno y el sistema jurídico a lo largo de la última centuria que el del crecimiento del papel de la Administración. Sin embargo, las diferencias entre el pasado siglo y nuestros días son, sobretodo, en alcance e intensidad. Las Agencias de la Administración son tan antiguas como la nación misma. Ya había administradores y agencias de la Administración cuando George Washington era presidente. Entonces Correos era una parte principal de la Administración y aún hoy es una institución importante. En el gobierno federal, cada departamento ministerial era y es, por sí mismo, una agencia de la Administración. Y lo mismo sucede en los estados.

Hoy hay miles de empleados en el funcionariado. Por otra parte, los empleados federales de la época de Washington eran sólo un puñado de hombres. El personal de Pickering, Administrador general de Correos de Washington, consistía sólo en un ayudante y un oficial. Hacían todo el trabajo de la Agencia[4]. La actividad administrativa, en los primeros días de la República, era, débil e ineficaz.

Una de las mayores responsabilidades del gobierno federal en el siglo diecinueve fue la de administrar y vender las tierras de dominio público. La Oficina General de Tierras de Washington dominaba un impero territorial; millares y millares de acres. Supervisaba docenas de oficinas locales. La enajenación de las tierras de dominio público estaba muy reglamentada. Primero, había que medir la superficie de

las tierras y cartografiarlas. Después, el Presidente tenía que declarar que podían ser vendidas. Entonces tenían que subastarse ante licitadores y compradores. Las oficinas locales, no obstante, estaban, en conjunto, pobremente dirigidas y mal dotadas de personal. El Congreso siempre fue mezquino a la hora de gastar el dinero. En 1831, un agrimensor se quejaba de que ni siquiera tenía un sitio decente en donde guardar sus papeles: «las cucarachas y los grillos tenían «entrada libre»; los ratones hacían «sus camas» en las viejas anotaciones de campaña... los papeles estaban tirados en viejas cajas y arrinconados; el tejado tenía goteras... y se echaban a perder libros y papeles»[5].

Los estados hicieron más o menos igual con sus tierras. No existía la tradición de un funcionariado bien preparado y la Administración era, sencillamente, más débil que sus ávidos clientes. Lo de las oficinas inmobiliarias fue una operación primitiva, muy lejos, digamos, del Servicio de Renta Interior de nuestros días, que manda a un ejército de juristas, contables, agentes y bancos de datos y tiene amplios poderes de verificación y ejecución.

Desde el alba de la Historia americana, la tarea de reglamentar fue uno de los trabajos de los empleados de la Administración. Incluso los primeros colonos estaban orgullosos de tener un control de calidad sobre las mercancías importantes. Según las *Leyes y Libertades de Massachusetts* (1648) los notables de Boston y de otras ciudades que fletaban duelas de toneles, tenían derecho a designar a dos hombres por ciudad, «buenos conocedores de ese artículo», para actuar en calidad de «inspectores de duelas de tonel». Todas las duelas de tonel destinadas a la exportación tenían que pasar por los ojos expertos de estos inspectores, que podían rechazarlas si «no eran apropiadas para la venta» a causa de «la carcoma» o de su poca calidad o tamaño. Las duelas, por ejemplo, tenían que medir cuatro pies y medio de longitud, tres pulgadas y media «de ancho... y sin doble albura» y en grosor «tres cuartos de pulgada»; también habían de estar «bien y uniformemente» cortadas.

En los siglos dieciocho y diecinueve, todas las ciudades tenían algo parecido a normas de inspección de los artículos básicos (mantequilla, carbón, pan). En Connecticut, una ley de 1822 mandaba verificar la calidad de una larga lista de productos locales: buey, cerdo, mantequilla, tocino, pescado, heno, harina de trigo y de maíz, madera, barriles para pescado, listones aserrados, ceniza de perlas, potasio y «manojos de cebollas». Las autoridades locales también recaudaban impuestos, construían carreteras, las conservaban y expedían permisos a bares, cafeterías y molinos de harina. Cada ciudad o

condado contaba también con sus propios «encargados de los pobres». Estos ciudadanos aplicaban las «leyes de beneficencia»; sistema primitivo del estado de bienestar social de la época. Recaudaban impuestos locales y gastaban el dinero para socorrer a los enfermos y necesitados, si bien con muy escasos medios y en su mínima expresión. Como cada nuevo «pobre» costaba dinero a los bolsillos de los ciudadanos, se miraba con malos ojos a la gente pobre que venía de otras ciudades. En lugar de hallar un Comité de Recepción, los recién llegados se podían encontrar con que se les conminara a que se fueran a otro lugar; si no hacían caso podían ser expulsados; materialmente echados fuera del término municipal.

Capitales, ciudades y condados llevaban a cabo otras tareas administrativas importantes. La Educación era una de llas y consistía en dirigir el sistema educativo local. Hasta entonces, el gobierno federal había descuidado mucho la educación; tanto en el aspecto financiero como en los demás. El propio control centralizado en los estados era de poca intensidad; las escuelas eran, decididamente, un asunto local. La policía, la ley y el orden en general corresponídan tradicionalmente a los gobiernos locales. En el siglo diecinueve, el Derecho Administrativo se desarrolló al mismo tiempo que la economía. Se crearon comisiones para el control de los bancos; de las tierras de dominio público; de los canales, puentes y compañías de seguros. En 1840, Conecticut tenía una Comisión de tres personas («designadas anualmente por la Asamblea General») para visitar e inspeccionar todos los bancos del estado[6]. La reglamentación de los seguros era materia reservada a los estados. Los estados regularon muchos aspectos del contrato de seguro y de la empresa de seguros; el trabajo se solía encargar a un cuerpo administrativo; la Comisión de Seguros[7].

Ciudades y estados recibieron a los primeros ferrocarriles con los brazos abiertos. Pero a partir de la década de 1850, el control de los ferrocarriles se convirtió en una importante cuestión política. Los estados de Nueva Inglaterra crearon las primeras comisiones de ferrocarriles en la década de 1860. Conecticut, por ej., designó una Comisión de tres personas para inpeccionar las líneas férreas del estado aunque, principalmente, con el fin de comprobar la seguridad y la conservación del material. Esta comisión tenía limitado su poder de ejecución y no tenía facultad alguna en materia de precios de transporte y billetes de los pasajeros[8].

La siguiente ola de Comisiones de ferrocarriles, en la década de 1870, fue mucho más potente. Las más notables fueron las de los

estados del Medio Oeste. Fue el resultado del llamado movimiento Granger, consistente en que agricultores y transportistas, encolerizados y desengañados, acusaban a los ferrocarriles de abuso de poder y de aprovecharse de ellos. Las Comisiones Granger de Wisconsin, Illinois o Iowa tenían también sus propias armas. La Comisión para los ferrocarriles y almacenes de Illinois, por ej., tenía una gran autoridad sobre los ferrocarriles y los cultivadores de cereales del estado. Además de la facultad de inspección general, esta Comisión tenía poder ejecutivo para hacer cumplir las leyes del estado, lo que significaba una verdadera potestad reglamentaria sobre las tarifas. Y así en una ley se establecía la tarifa máxima de dos centavos por mes y celemín de grano almacenado, y en otra, para los ferrocarriles, se prohibía la discriminación de tarifas[9].

Las leyes Granger eran bastante radicales para su época, o al menos, así se creía en el mundo de los ferrocarriles y los silos. Los capitalistas impugnaron las leyes Granger ante los tribunales acusándolas de anticonstitucionales. En el famoso caso *Munn c/ Illinois*[10], se trataba de controlar el derecho del estado a legislar sobre los cultivadores de cereales. El Tribunal Supremo no quiso hacer frente al desafio que las leyes Granger representanban. Según la legislación de Illinois, los productores de cereales necesitaban una autorización o licencia para ejercer el comercio y la ley fijaba también los precios de almacenamiento y comercialización. El Tribunal Supremo no quiso anular esta ley. La Reglamentación, e incluso el derecho a fijar los precios, eran aceptables siempre que el producto regulado «afectara al interés público»; esto es, si era un producto vital o crucial para la vida social o económica, no podía pretender la inmunidad del control público. El principio establecido en el caso *Munn* era suficientemente amplio como para legalizar la gran mayoría de reglamentaciones administrativas.

La ley referente a la Comisión para el Comercio Interestatal (1887)[11] representó un hito en la historia de la reglamentación administrativa. También fue, en verdad, un hito en la historia Americana, en general. Esta ley, aunque muy enmendada y criticada, todavía está, básicamente, en vigor. La primitiva ley creaba una Comisión Federal (nacional), la Comisión para el Comercio Interestatal, para regular los ferrocarriles. La ley establecía la norma general de que todas las tarifas de transporte de mercancías y pasajeros tenían que ser «justas y razonables». Prohibía las rebajas, extornos, discriminaciones de precios y otras prácticas que habían provocado la cólera de agricultores y transportistas.

¿Qué fue lo que estimuló al gobierno federal a entrar en el campo de la reglamentación de los ferrocarriles? La reglamentación estatal de los ferrocarriles, en general, había fracasado. Los primeros ferrocarriles eran líneas locales, pequeñas, que unían dos ciudades y raramente traspasaban las fronteras del estado. New Jersey, por ej., en 1851[12] fundó la «Belvedere and Water Gap Railroad Company». New Hampshire, en 1955[13], la «Concord and Posthmouth Railroad». Pero poco a poco, los ferrocarriles locales se fueron fusionando y consolidando; los peces grandes se comieron a los peqeuños y los grandes señores del ferrocarril fueron tejiendo extensas redes interestatales. Algunos nombres como Atchison, Topeka y Santa Fe (hoy Ferrocarriles de Santa Fe) se han mantenido durante muchos años como un recuerdo de los viejos tiempos. Los estados individuales no tenían, en modo alguno, poder político o jurídico para controlar a esos gigantes del ferrocarril. Se habían convertido en una materia de competencia nacional.

El precepto de la Constitución que trataba del comercio daba al Congreso la facultad de regular el comercio «entre» los estados. Ello significaba competencia sobre los movimientos de bienes y vehículos entre los estados. El Tribunal Supremo había puesto de relieve, durante muchos años, la prohibición que contenía este precepto sobre el comercio; el precepto quería evitar que los estados impidieran el tráfico comercial a través de sus fronteras. Luego vino el desarrollo del aspecto positivo; la potestad del gobierno nacional de regular el comercio mismo. La ley referente a la Comisión para el Comercio Interestatal no fue quizás el inicio de la actividad federal de reglamentación ni de su función administrativa, pero sí fue el paso más grande dado en esa decisiva dirección.

Algunos historiadores creen que solemos mirar a esta Comisión por la otra punta del telescopio. Dicen que, de hecho, *no* se trataba de intentar someter a los ferrocarriles; que *no* fue una reforma legal motivada por el interés público. Más bien al contrario, los ferrocarriles se beneficiaron de esta ley. La Comisión vino a poner freno a la libre concurrencia; su acción reguladora venía a ser como un caparazón protector de los ferrocarriles ya existentes. Garantizaba la dirección benévola de un órgano amigo; beneficios satisfactorios y buenos mercados para todos[14].

Esta tesis presentas aspectos muy plausibles, aunque sin duda, va demasiado lejos. Las leyes como la de la Comisión para el Comercio Interestatal no pueden inclinarse totalmente hacia un lado. Los ferrocarriles tenían mucha fuerza en el Congreso; también la tenían,

en conjunto, los agricultores y transportistas. Ambos grupos influyeron sobre esta ley. Fue, con suele suceder, el resultado de una especie de compromiso. Cada parte ganaba algo, y también perdía algo. Lo cierto es que agricultores y transportistas ganaban algunas medidas de control sobre los precios y determinadas prácticas. Los ferrocarriles obtenían orden y protección. La reglamentación administrativa, en general, representa un compromiso entre grupos de intereses en lucha. El resultado no suele ser nunca totalmente favorable a una parte. Lo que es difícil de decir es quién salió ganando más y por qué.

En cualquier caso, la mencionada ley era un presagio del aumento de la actividad administrativa del estado. En el siglo veinte se aceleró el ritmo. La Administración para Fármacos y Alimentos data de 1906. La Ley de la Comisión de Comercio Federal se aprobó en 1914. El «New Deal» del Presidente Franklin D. Roosvelt, en la década de 1930, fue el siguiente hito importante. El Congreso creó nuevas y poderosas agencias. Unas reflejaban la tecnología del siglo veinte, como por ej., la Comisión Federal de Comunicaciones (1934), que controlaba «las comunicaciones por cable y radio» y después por televisión. Otras reflejaban los grandes cambios sociales y las reformas del «New Deal», como, por ej., la Comisión de Valores y Cambios, que regulaba los valores bursátiles y la venta de acciones y obligaciones de sociedades, y también la Oficina Nacional de Reformas Laborales, con sus facultades en materia de convenios colectivos y la Administración de la Seguridad Social.

En muchos aspectos, el «New Deal» todavía está presente y, desde Roosvelt, cada Presidente ha creado nuevas agencias. Con Lyndon Johnson (1964) se creó la Oficina de Oportunidades Económicas para dirigir la «guerra a la pobreza». La guerra a la pobreza ha desaparecido, pero muchos de los programas de Johnson (como «Medicare y Medicaid») continúan bajo la administración de grandes organismos burocráticos. La Comisión para la Igualdad de Oportunidades en el Empleo (EEOC) se creó en 1964 para la aplicación de las leyes sobre derechos civiles[15]. OSHA (trata de la seguridad en el trabajo), ERISA (de pensiones y planes de jubilación) y EPA (de la protección del medio-ambiente) son otros ejemplos recientes de la «sopa de letras» de las agencias. Eugene Bardack y Robert Kagan describen la legislación de los años 1960 y 1970 con «un salto cuantitativo» en la acción federal de protección de la seguridad pública. Mencionan no sólo a la OSHA (1970) sino también a la ley sobre Control de la

Polución del agua (1972) y a la ley de Control y Reclamaciones sobre minas de superficie (1977)[16].

Mientras tanto, también a nivel estatal, las agencias administrativas se han multiplicado como conejos. Las antes mencionadas oficinas de expedición de licencias son todas agencias estatales; la gran fiebre de la legislación sobre licencias empezó en los años 1980. Los estados tienen sus propias leyes sobre los títulos valores de las sociedades («bluesky laws»), y controlan muchas áreas de la vida (el urbanismo es una de ellas) que el gobierno federal descuida. Algunas agencias estatales tienen una enorme importancia; la Comisión de ferrocarriles de Texas, a pesar de lo que su nombre indica, controla el petróleo y el gas de Texas; tiene la facultad de detener la producción de petróleo «que exceda de... la demanda del mercado», lo que es de una fuerza económica fantástica[17].

El resultado de todo ello es una gran mezcla de oficinas y agencias en todos los niveles del gobierno. La Administración del Presidente Reagan empezó haciendo promesas de que se iba a reducir la burocracia. Hasta el momento (1984), sus huestes apenas le han hincado el diente al Leviathan; no se ha desmantelado ni una sola de las agencias principales. La «liberalización administrativa» ha tenido algún éxito notable —los precios de los transportes aéreos y los intereses bancarios son dos ejemplos destacados— pero el núcleo de la administración del estado permanece incólume.

Una tipología de los cuerpos administrativos

Hay tantas agencias, su trabajo es tan vario y operan de maneras tan diferentes que es casi imposible intentar describirlas en términos generales. Una forma útil de clasificarlas es según el criterio material. Así, unas agencias se ocupan de la reglamentación económica (ICC, SEC); otras del bienestar (por ej., la Administración de la Seguridad Social); y otras administran bienes públicos (por ej., la Oficina de Tierras de Dominio Público). También algunas regulan industrias particulares (ferrocarriles, bancos) y otras regulan el comercio en general (SEC, OSHA).

Otra forma importante de clasificar las agencias es contemplando su estructura. Unas son independientes, otras no. Una agencia es legalmente independiente si no está ligada a un departamento ejecutivo. La independencia significa que el ejecutivo no puede controlar el trabajo de la agencia. El Presidente nombra a los miembros de la Comisión del Comercio Interestatal; una vez han tomado posesión,

deja de ser su «jefe» y ya no tienen que obedecer sus órdenes. Por otro lado, la Administración de la Seguridad Social forma parte del Departamento de Salud y Servicios Sociales. Su Administrador traza la política a seguir, pero puede ser desautorizado o incluso despedido por el Secretario del Departamento, que es su jefe, o por el jefe de su jefe, el Presidente.

Podemos también distinguir entre oficinas o agencias «simpáticas» y «hostiles» siempre que no tomemos esos términos al pie de la letra. Las oficinas o agencias «simpáticas» están integradas por las mismas personas de las que la agencia debe ocuparse. En este sentido, la Comisión de Comercio Interestatal no es «simpática». Ninguna persona que esté relacionada con la industria del ferrocarril puede, según la ley, formar parte de la Comisión. Las oficinas de los estados que otorgan licencias a los famacéuticos, fontaneros y optometristas son muy distintas. Los farmacéuticos, fontaneros y optometristas controlan estas oficinas y ocupan la totalidad o la mayoría de los cargos directivos. La Oficina Estatal de Optometría de California, por ej., se compone de nueve miembros designados por el gobernador. Tres de ellos deben ser profanos en la materia (miembros sacados del «público»), pero los otros seis deben ser optometristas ejercientes y debidamente inscritos[18].

Hay buenas razones históricas que explican la diferencia entre ambos tipos de agencias. El dar licencias a los fontaneros fue, probablemente, una idea de los propios fontaneros. Querían mantener fuera a los «amateurs»; velar por su propio prestigio, controlar el trabajo y mantener los precios firmes y estables. En su mayor parte sus fines son económicos; no muy distintos a algunos de los fines de los sindicatos de trabajadores, en general. Sin embargo, no todas las profesiones son capaces de agruparse y formar uniones efectivas. ¿Contra quién podrían declararse en huelga los farmacéuticos, médicos o fontaneros? ¿A quién podrían pedir aumento de sueldo? Se pueden conseguir mejores resultados formando asociaciones y convenciendo al Parlamento para que someta a licencia el ejercicio de la profesión y se permita al propio colegio profesional el decidir a quien dar una licencia, como darla y porque darla. Ello significa poner en manos amigas el control de los miembros y de las condiciones de trabajo.

En cambio, una parte, al menos, del empuje legislativo regulador de los ferrocarriles era «hostil». Procedía de los transportistas y comerciantes que temían al ferrocarril; que pensaban que el ferrocarril tenía excesiva fuerza para el bien del país. Hay, desde luego, otras cuestiones en la historia de la reglamentación de los ferrocarri-

les. La mayor parte de las concesiones ferroviarias se hicieron mientras la ley de la Comisión para el Comercio Interestatal se hallaba en el Congreso. Pero el elemento hostil permaneció formando parte del conjunto. Esto también es aplicable a las reglamentaciones económicas en general.

Cualquiera que sea el origen de las reglamentaciones de ferrocarriles —o de la legislación sobre servicios públicos, líneas aéreas, etc.— ¿Qué sucede en la práctica? ¿A quién prestan servicio las Comisiones? Es bastante común la idea de que las industrias reglamentadas tienden a «capturar» a la Comisión y a doblegarla para que sirva a sus intereses industriales[19]. La Comisión para el Comercio Interestatal se convierte en la servidora de los ferrocarriles; las cadenas de televisión dominan el FCC. Los títeres echan fuera al titiritero y lo hacen bailar en sus cuerdas.

Algo hay de verdad en esa acusación. Los legisladores tienen que vivir con sus conciudadanos. Aprenden a ver las cosas con los ojos de éstos. Así, también los miembros de la Comisión están para reglamentar la industria, no para suprimirla. Una compañía de gas o electricidad, por ej., recurre a una Comisión estatal para un aumento de tarifas. Presenta hechos y cifras justificantes del incremento de los costes; el carbón, el petróleo, la mano de obra son más caras. Si la Comisión acepta estos hechos y cifras autorizará, casi seguro, el incremento. Después de todo, la Comisión responde de la prosperidad de la industria. Las compañías de gas y electricidad son de propiedad privada y tienen que hacer beneficios. Además, algunos miembros de la Comisión proceden de la industria que regulan y muchos esperan volver a ella cuando cesen en sus cargos. Se resisten a mostrarse duros e inflexibles. Históricamente, el interés del público o el del consumidor aparece débil, difuso. Al fin y al cabo, ¿quién se ha pasado alguna vez días y noches enteras en las agencias de la Administración hablando en favor de los ciudadanos? Nadie. En cambio, los abogados y los grupos de presión de los industriales siempre han estado allí interesándose por sus cosas. Sólo en estos últimos años ha surgido un grupo fuerte de presión de los consumidores; quizás, incluso, demasiado estridente.

Existen pruebas que apoyan esta tesis de la «captura». Por ej., David Lerber[20] hizo un estudio sobre el Departamento de Seguros de California y de la forma como, en 1969, trataban las reclamaciones de los consumidores. Pinta un cuadro pesimista. El Departamento hacía lo imposible para complacer a las compañías de seguros; los consumidres que armaban escándalo eran tratados de excéntricos por

los empleados. Estos, por sistema, trataban aún peor a las mujeres, a los negros, a la gente de clase baja y a todo el que presentaba aspecto «confuso o enfadado».

Era una pequeña oficina estatal y los datos son de 1969. ¿Han cambiado las cosas? Hay señales de que sí. El movimiento de los consumidres es más fuerte que en 1969. También los controles externos de la Administración son más potentes.

El control de la actividad administrativa

La actividad administrativa en el mundo moderno está en todas partes. Es la parte del Derecho que crece más deprisa y, sin embargo, en algunos aspectos, es la menos visible. El personal de la Administración tiene mucho poder. Incluso un empleado cualquiera de los últimos del escalafón puede, a veces, ejercer una autoridad considerable. Al que solicita una pensión o un permiso para tener perro, o tiene un problema urbanístico, el poder de los funcionarios de la Administración le parece ilimitado; casi fuera de control. Y lo mismo a la compañía que quiere emitir obligaciones o construir un nuevo edificio. Una de las cuestiones de más enjundia del Derecho Administrativo es la de hasta qué punto hay que controlar a la Administración, quién tiene que hacerlo y cómo.

Las agencias de la Administración están sometidas a un control interno y externo. El interno, es un control creado por la propia estructura de la agencia. Los funcionarios superiores supervisan a los inferiores. Los inspectores y supervisores controlan a los funcionarios. Los informes, los controles puntuales, las revisiones y las inspecciones internas evitan la corrupción y el trabajo mal hecho. O, al menos, lo intentan.

El control externo empieza con la legislación del estado. Para cada agencia en especial hay unos controles y límites previstos en el texto de la ley. Así, la Comisión del Comercio Federal (FTC) tiene, de una parte, la facultad de impedir o de terminar con los métodos «desleales» de competencia, pero la ley de la FTC también proporciona específicamente a las industrias, cuyos métodos sean puestos en tela de juicio, el derecho a comparecer y defenderse por medio de abogado en audiencias formales[21]. Hay, además, otros controles generales. La Ley de Procedimiento Administrativo aprobada en su primera versión en 1944 es de gran aplicación en esta materia. Establece reglas de procedimiento que deben aplicar todas las agencias. Según esta ley, las agencias, por ej., deben dar a conocer la «estructura de su organización central y regional» y deben hacer públicas las

normas de procedimiento e informar al público de los lugares donde pueden obtenerse los impresos necesarios. Todo esto aparece en el Registro Federal. Las agencias deben publicar también sus normas y reglamentos y avisar de si los van a modificar y cuándo. El Registro Federal, que llega a ocupar 75.000 páginas en un año, quizás no sea tan conocido como el último boletín de noticias, pero es al menos accesible a los abogados y especialistas. Las agencias deben registrar en él lo esencial de las nuevas normas y deben ofrecer a los ciudadanos la posibilidad de presentar objeciones o de hacer comentarios por escrito.

En fin; el Congreso, con su poder de dictar leyes, representa la forma más evidente de control externo sobre las agencias federales. El Congreso dicta las leyes que crean las agencias, las puede derogar y, con ello, suprimir las agencias. Puede darles nuevas normas de funcionamiento en el momento en que lo desee. En 1981 (después de una intensa presión de los grupos industriales), el Congreso ordenó a la Comisión Sanitaria de productos para el consumo rebajar el nivel de seguridad de las segadoras de césped a motor. La Comisión no tuvo otra alternativa que obedecer[22].

Algunas clases de control se hallan dentro de las agencias pero fuera de la jerarquía ordinaria de mando. A veces se dota de gran independencia a los inspectores y supervisores aún cuando, técnicamente, pertenezcan a la organización que pretenden controlar. El Ejército y la Marina tienen inspectores generales. También los tienen muchas agencias de la Administración. La Ley de Inspección General de 1978 introdujo funcionarios de esta clase en los departamentos del gabinete y en algunas agencias (EPA, por ej.)[23]. Al Inspector General se le autoriza, entre otras cosas, a «recibir e investigar» denuncias sobre abusos y despilfarros. Debe guardar secreto sobre la identidad de los denunciantes.

Esta forma de control se basa, en parte, en el concepto de «ombudsman». La palabra, aunque no la idea, viene de Escandinavia. Muchas instituciones privadas —la Universidad de Stanford, por ej.— han creado cargos similares para su propio servicio. El Ombudsman es un funcionario independiente y (es de esperar) con ideas propias; oye las quejas de los empleados y de otras personas e intenta solucionarlas de alguna manera. Lo normal es que no actúe como parte interesada y sus recomendaciones sean correctas e imparciales. La cantidad de poder que en realidad tenga depende de la institución a la que pertenezca.

La revisión jurisdiccional es quizás la forma más conocida de

control externo de las agencias de la Administración. Mucho de lo que conocemos por Derecho Administrativo, tal como se enseña en la Facultad es, realmente, el derecho emanado de la Jurisprudencia. Las personas o entidades disconformes con una resolución de una agencia deben agotar, primero, todos los procedimientos y recursos dentro del ámbito de la agencia de la Administración. Después tienen otra oportunidad; pueden probar suerte ante los Tribunales. La mayoría de las normas que crean agencias de la Administración preveen, expresa o tácitamente, el derecho de los tribunales a revisar las resoluciones de las agencias. La misma ley de Procedimiento Administrativo prevee dicha revisión y el Tribunal Supremo ha mantenido que el derecho a la revisión jurisdiccional está siempre implícito a no ser que el Congreso, de manera clara y explícita, disponga otra cosa. Ello ha sucedido alguna vez. En una ocasión el Congreso declaró que las resoluciones de la Administración de los Veteranos del Ejército eran absolutamente «definitivas y firmes». Ningún Tribunal tenía «la potestad de revisar tales resoluciones»[24]. Sin embargo, esto es extremadamente infrecuente.

No es nada fácil obtener de un Tribunal la revisión de una resolución de la NLRB o la SEC o la ICC; no basta con dar un puñetazo sobre la mesa y presentar una demanda. Hay muchos obstáculos en el camino. En primer lugar están los problemas de procedimeinto. Uno de ellos es el concepto de «legitimación». No todo el mundo puede impugnar las resoluciones de una agencia. Tener legitimación (derecho a impugnar) significa normalmente que el demandante debe tener un interés económico. Si el Departamento del Interior autoriza a los Hoteles Hilton a construir un pabellón en el Parque Yellowstone, ¿puedo impugnarlo yo en calidad de simple paseante y amante de los pájaros? Probablemente no. No tengo legitimación. El simple hecho de que me guste pasear por Yellowstone, o de haber ido allí de excursión, o de querer ir, no es bastante. Las normas sobre legitimación son complicadas; según sean más amplias o más estrictas, también el alcance de la revisión jurisdiccional será, a su vez, más amplio o más restringido. Durante bastante tiempo los tribunales federales tuvieron un criterio muy amplio respecto a la legitimación, llegando a permitir a determinados grupos que representaban a los «ciudadanos» presentar reclamaciones, aún cuando no tuvieran un interés económico en el asunto. Esto abrió las puertas a los grupos ecologistas que se oponían a las centrales eléctricas y a los grupos religiosos o simples telespectadores que se quejaban de determinadas programaciones de las emisoras de TV. Sin embargo, en los últimos tiempos, parece que los tribunales estén cambiando de criterio y den, en cierto modo, marcha atrás[25].

El alcance de la revisión jurisdiccional es también superficial. Los tribunales no vuelven a repetir el trabajo de las agencias. Si la FDA decide que un fármaco no es efectivo y lo retira del mercado, el fabricante puede intentar convencer al Tribunal para que anule tal decisión. Pero, por norma general, el Tribunal no volverá a valorar las pruebas; no va a preguntarse si el fármaco es o no efectivo. El Tribunal, sobre todo, verificará el *procedimiento* seguido por la agencia. ¿Ha seguido la FDA la Ley de Procedimiento Administrativo? ¿La FDA ha hecho lo que el Congreso le dijo que hiciera y de la forma correcta? Si la respuesta a estas preguntas es afirmativa, el Tribunal no dejará sin efecto la resolución de la agencia.

Muy bien; pero, de hecho, la línea divisoria entre la forma y el fondo —entre los pronunciamientos sobre el «Derecho» y sobre los «hechos»— es muy difuminada y algunos tribunales son excesivamente atrevidos y expeditivos en su labor revisora de la actividad de las agencias de la Administración. Antes del «New Deal», los Tribunales, en general, se mostraban hostiles para con las agencias de la Administración; escudriñaban muy cuidadosamente su actividad (algunos dirían que demasiado cuidadosamente). Durante el «New Deal» el Tribunal Supremo reflejó esa hostilidad en un número considerable de casos. El Tribunal no quería que el Congreso «delegara» sus poderes básicos en las agencias. Quizás la sentencia más famosa de la época del «New Deal» sea la del caso *Schechter Poultry Corp. c/ United States*[26]. En ella, el Tribunal declaró que la ley para la Recuperación de la Industria Nacional era inconstitucional, echando a perder una de las piezas clave del programa de Roosevelt.

El caso Schechter y otros similares levantaron oleadas de protestas. A la larga, el Presidente Roosevelt se salió con la suya. Los jueces viejos y conservadores dimitieron; el Presidente nombró a otros que sintonizaban más con sus intenciones. El tribunal abandonó casi del todo sus ataques a las agencias de la Administración. Después de la época del «New Deal» empezó una larga luna de miel para las agencias. Los tribunales se mostraban reacios a entrometerse en las decisiones administrativas salvo en casos extremos. Se negaban a interferir en las decisiones de las agencias si eran mínimamente defendibles desde el punto de vista procedimental y si contaban con algún tipo de prueba en que apoyarse.

Ahora parece que esta luna de miel ya pasó. Esta es una generación poco conformista. Los individuos y los grupos sociales son más

activos que antes en llevar a las agencias ante los tribunales y los propios tribunales tienen cada vez más protagonismo en el control de la actividad administrativa. En 1974, un abogado de Washington que hablaba en nombre de la mayoría de sus compañeros, decía tener la «fuerte impresión» de que la revisión jurisdiccional era más severa que antes. Los tribunales se tomaban por «perros guardianes», de una fiereza comparable, al menos, a la de las agencias[27]. La mayoría de observadores estarían de acuerdo con él.

¿Por qué ello es así? Los tribunales cambian de actitud según cambia el mundo exterior. Podemos mencionar unos cuantos factores:

(a) Los ciudadanos, en general, han perdido la fe en la actividad administrativa. La actividad administrativa debe, desde luego, permanecer, pero la gente piensa cada vez más que sólo como un mal necesario, en el mejor de los casos. La actividad administrativa es «papeleo» «burocracia» «Big Brother»; es ineficaz, inútil y estúpida. Los políticos de los dos partidos creen que debe lucharse contra la «Burocracia». Ya mencionamos antes la existencia de una tendencia «antireglamentista». Se siente la necesidad de dar marcha atrás, de invertir la tendencia del control estatal, cada vez mayor, en la vida económica.

La tendencia «antireglamentista» no ha tenido, hasta el momento, mayor impacto en el Derecho positivo. Pero representa una revisión contra la Administración de un significado más amplio. El gobierno de Reagan está decidido a reducir el tamaño de la Administración; a arrancar unos cientos de páginas del Registro Federal y a detener la oleada de leyes y reglamentos. Estos fines parecen ser políticamente populares. Es, desde luego, más fácil de decir que de hacer.

(b) La revisión jurisdiccional es cara y requiere tiempo. Sólo la importante industria farmacológica tiene bastante dinero para impugnar la normativa de la FDA. En los últimos años han entrado en escena nuevos personajes que representan a grupos nuevos, por ejemplo, a los consumidores. Ningún consumidor, por sí solo, tiene tiempo, dinero o habilidad bastante para presentar batalla a las gigantescas agencias o medir sus fuerzas con las grandes sociedades; pero si los consumidores consiguen unirse, la cosa es muy distinta. ¿Dónde estarían las leyes sobre el medio ambiente sin la presión de grupos tales como el Club Sierra? Las asesorías jurídicas que defienden «intereses públicos», organizadas para librar batallas jurídicas en nombre e interés de los consumidores, son particularmente importantes. Sólo son unas pocas, pero meten mucho ruido en los tribunales.

(c) También aquí, detrás de esta tendencia, podemos ver un cambio de actitud ciudadana. Los consumidores se agrupan porque hay un movimiento de consumidores; es decir, consumidores que se sienten molestos con los industriales o con la Administración, y quieren actuar para hacer sentir su fuerza. Los tribunales ceden cada vez menos ante las agencias porque ciertos grupos de ciudadanos ceden ante ellas menos que en el pasado.

Se ha discutido mucho, últimamente, sobre si las agencias de la Administración son o no lo bastante receptivas con la ciudadanía. Este es un tema algo intrincado. La gente, a menudo, cuando se queja de la falta de receptividad de las agencias, se refiere a que la agencia no es receptiva para con «ellos». Pero puede que una agencia ignore el grupo A a causa de las presiones del grupo B, que empuja en dirección contraria. Es erróneo pensar, en tales casos, que la agencia es poco activa debido a razones técnicas, estructurales o burocráticas. Porque la agencia es receptiva; lo que está mal (desde nuestro punto de vista) es la clase de receptividad. Las reformas técnicas no resolverán este problema. Lo que hace falta son reformas políticas; dar al grupo A más fuerza o presionar por nosotros mismos (si es eso lo que deseamos).

Por otra parte, parece que algo le sucede realmente a una burocracia que pone cámara lenta a sus actividades e insensibiliza su epidermis. Después de todo, la única razón de dar independencia a las agencias es la de intentar librarlas de un control político a corto plazo. El interés de la Administración es el de amortiguar la presión de los políticos y la de los ciudadanos en general. Esto puede ser incluso perjudicial. Si se regularizan los ascensos y la estabilidad en el empleo —haciendo los controles internos más fuertes que los externos— se corre el riesgo de tergiversar el sistema de incentivos en la contratación de personal. Se perjudica y desalienta la creatividad individual; el trabajo sobresaliente se convierte en un peligro. Las mentalidades tímidas y burocráticas dominan la agencia. Los que se ciñen al reglamento y no se buscan complicaciones salen beneficiados. Una política de cambios se convierte casi en imposible.

La burocracia se halla en el corazón del Derecho y la Administración modernos. Un vasto funcionariado, invisible e indiferente, trabaja sin cesar en minúsculas oficinas, manejando y aplicando normas, como un ejército de ciegas hormigas-soldado que siguen su instinto. Seguramente la vida no sería posible sin ese ejército. Pero

también es cierto que la burocracia exprime el jugo vital de la economía y comete, a diario, pequeños actos tiránicos. ¿Hay alguna forma de dotar de rostro humano al estado moderno? ¿Es posible una Administración eficiente, eficaz y honesta? Nadie sabe las respuestas.

7

El Federalismo y la Cultura Jurídica Norteamericana

UNO DE LOS hechos obvios, pero chocantes, del sistema jurídico americano es el de estar oganizado sobre una base federal. El sistema federal es una forma de gobierno y un sistema jurídico en el que el órgano central o nacional de gobierno comparte el poder con los estados, provincias o cantones, cada uno de los cuales es, hasta cierto punto, soberano por derecho propio. Hay muy pocos países en el mundo que tengan un sistema federal. Uno de los mejores ejemplos es el Canadá, nuestro vecino del Norte. Australia también es una república federal. También lo es Suiza. Otros países son federales sólo sobre el papel. La Unión Soviética, teóricamente, es una federación formada por «repúblicas» individuales (la misma Rusia, Armenia, Estonia, etc.). Cada república tiene incluso, en teoría, el derecho de secesión. De hecho, es Moscú quien manda y las dieciséis o más repúblicas restantes tienen muy poco que decir sobre su propio destino, en política o incluso en la organización de sus tribunales. En el otro extremo existen agrupaciones poco cohesionadas tales como la Comunidad Económica Europea. Aquí el gobierno común es relativamente débil y los países individuales (Francia, Italia, Alemania y los demás) conservan casi por entero el control sobre las leyes y la política. Pero esto puede cambiar con el tiempo; ciertamente, el gobierno central de la CEE ha conseguido ya más poder de lo que mucha gente imaginó jamás.

Estados Unidos es uno de los países más genuinamente federales. El gobierno nacional tiene su sede en Washington y los gobiernos

estatales de los cincuenta estados, tienen su propia esfera de poder. Estos estados tienen sus propios gobiernos con competencias sobre la población y el territorio. Dentro de sus esferas respectivas se les considera «soberanos», esto es, que tienen plena autoridad.

Los estados imitan, en muchos casos, los modelos estructurales del gobierno federal. Todos tienen su propia constitución. Tienen su parlamento (si bien no recibe el nombre de Congreso); todos tienen un jefe ejecutivo (si bien recibe el título de gobernador y no el de presidente).

También cada estado tiene su propio sistema judicial. Todos tienen un gabinete, un consejo ejecutivo y un montón de agencias de la Administración. Evidentemente, los estados son soberanos o independientes dentro de unos límites más bien estrechos. El gobierno nacional (federal) es más poderoso, emplea a muchos más hombres y mujeres, establece muchos más impuestos y gasta mucho más. Sólo Washington envía y recibe embajadores, acuña moneda, posee misiles teledirigidos y portaviones y procura «armonizar» la economía. Por otro lado no es competencia del gobierno federal el sancionar los excesos de velocidad, conceder divorcios, legalizar sucesiones, dictar normas urbanísticas, ejecutar hipotecas, recobrar la posesión o perseguir judicialmente a los que roban en las estaciones de servicio. No se ocupa, por tanto, de muchas de las tareas jurídicas ordinarias de todos los días.

El federalismo, tal como se ha desarrollado en este país, es un sistema complejo e interesante. Es también un buen ejemplo de la mutua interacción entre estructura y cultura, dentro de nuestro sistema jurídico.

Federalismo: El plano formal

Las líneas básicas de la historia de la Constitución Americana son bien conocidas. Después de la guerra de la independencia, las antiguas colonias se convirtieron en estados independientes. Constituyeron un gobierno central de acuerdo con los Artículos de la Confederación. Este gobierno central era débil; el verdadero poder lo detentaban los estados. Muchos consideraron el intento fracasado. Se temía caer en la anarquía a medida que los estados separados se iban peleando entre sí, sin el control de una autoridad central fuerte.

Los americanos (o muchos de ellos) decidieron probar fortuna otra vez. Se convocó una convención y se redactó un nuevo proyecto: la Constitución de 1787. Se daba más poder al gobierno central. No

se ha podido saber aún *cuánto poder* se pretendía dar al gobierno central. Es claro que los legisladores quisieron darle un verdadero poder, pero también querían conservar buena parte de él para los estados. Propusieron trazar una clara línea divisoria entre los dos planos de soberanía, deslindando lo que podía hacer el gobierno central y lo que les quedaba a los estados. Evidentemente, algunas funciones tenían que ser compartidas. Esta división dejó muchos detalles oscuros.

La federación tenía competencia para declarar la guerra y dirigir las relaciones exteriores; le correspondía el derecho de establecer nuevos impuestos, dirigir el sistema postal y acuñar moneda. Tenía también otras facultades menores, pero importantes, para el sistema jurídico; la facultad de dictar normas «uniformes» sobre la naturalización y «leyes uniformes en materia concursal»; también la facultad de otorgar patentes y derechos de autor.

La Constitución estableció también para el gobierno central un sistema judicial independiente. En la cima se hallaba el Tribunal Supremo, junto con «aquellos tribunales inferiores que el Congreso pudiera en todo caso ordenar y establecer» (art. IV, sec. 1). Estos tribunales tendrían jurisdicción en materia de Derecho federal. También se ocuparían de las cuestiones de Derecho Marítimo. Estas comprenden los casos que suceden en alta mar o en el comercio transoceánico. En Inglaterra estos casos eran competencia de un tribunal especial; el Tribunal del Almirantazgo, cuyos poderes, en América, se dieron a los tribunales federales. Los tribunales federales también eran competentes para conocer cuestiones «entre ciudadanos de diversos estados». Esta es la llamada «jurisdicción por diversidad». Aquí la intención era la de que los tribunales federales proporcionaran un foro imparcial, libre de celos, rivalidades y del chauvinismo de los estados. Los tribunales federales, contrariamente a los de los estados, no mostrarían predisposición contra los «forasteros», venidos de otros estados.

La Constitución también enumeraba determinados actos de soberanía específicamente prohibidos a los estados. No podían acuñar moneda ni imponer el pago de ningún derecho de importanción o exportación (excepto «los que sean absolutamente necesarios para la aplicación de... las leyes sobre inspección). El comercio debía circular libremente de un estado a otro, sin barreras ni derechos. Los estados estaban también excluidos de la política exterior; no podían «firmar ningún tratado... con una potencia extranjera». No podían

declarar la guerra, excepto con el consentimiento del Congreso. Los asuntos exteriores se dejaban en manos del gobierno federal.

Hubo entonces mucha oposición, pero a pesar de todo la Constitución fue ratificada. Se esperaba que el gobierno sería lo suficientemente fuerte como para evitar que el país se desintegrase en pequeños reinos taifas en disputa; suficientemente fuerte para eso, pero no más. Los estados decidirían sus asuntos internos y todo lo que no se hubiese reservado expresamente para sí el gobierno central. La mayoría del país pensaba que ese reserva constituía un amplio e importante dominio.

Federalismo: Historia y Cultura

Evidentemente, el federalismo es mucho más que una cuestión formal. Es también tradición y es una faceta importante de nuestra cultura jurídica. De hecho, el federalismo como estructura, carecería de sentido y estaría vacío de contenido si no formara parte de nuestra cultura. En este país, para entender el federalismo —cómo se desarrolló y cómo se transformó— no sirve explicar solamente su desarrollo y tranformación en el plano constitucional. Estos cambios (sobre el papel) son, en verdad, pequeños. La Constitución de 1787 está aún, en gran parte, con nosotros. Pronto celebraremos su 200 aniversario, y sólo ha sido enmendada catorce veces desde el año 1800. Hoy en día es, con mucho, la Constitución escrita, aún vigente, más antigua del mundo. Hay países mucho más antiguos, pero en su mayoría (como Francia, por ej.) han sufrido convulsiones constitucionales una y otra vez. No existe un tercer Reich o una quinta República americanos. Todavía estamos en la primera y única república americana. Con la excepción de la guerra civil —y aún entonces— la Constitución se mantiene como una roca.

Aunque quizás no sea así. *La letra* es la misma, pero ¿y la música? ¿Un proyecto elaborado en 1787, en la época de los coches de caballos, cuando los hombres llevaban pelucas empolvadas y antes de que la revolución industrial empezase a andar, puede verdaderamente sernos útil aún hoy? De hecho, el federalismo ha cambiado drásticamente y con él su cultura. Desde luego, era de esperar. En los últimos doscientos años se han producido innumerables cambios sociales y económicos. La tecnología, por sí sola, hubiera, necesariamente, transformado el federalismo. El teléfono, el telégrafo, la radio y la televisión, los aviones jet y las computadoras; todo ello hace posible, por primera vez, gobernar un continente desde un solo centro nervioso. El poder de Washington D.C., en el siglo XX, sería inimaginable sin estas innovaciones. Los rápidos medios de transporte y las comunicaciones han creado mercados de masas a lo largo y ancho del país y han estimulado la sociedad de consumo. La población americana es inquieta y viajera. La gente, ya sea en tren, en avión o en coche, cruza sin cesar las fronteras de los estados para buscar nuevo empleo, visitar a su familia, tumbarse al sol o contemplar bellos paisajes. Si hay que establecer algún control sobre los medios de transporte y sobre la economía nacional, tendrá que venir del centro.

El cambio social, las actitudes culturales y la estructura jurídica están unidos entre sí de tantas formas que realmente no podemos desenmarañarlos. Ninguno de los tres elementos básicos del Derecho —estructura, substancia y cultura— significa nada sin los demás. El federalismo es un hecho estructural. También genera substancia (leyes sobre el estado y el poder nacionales). Ello, a su vez, tiene influencia sobre la cultura jurídica. Al mismo tiempo, es la cultura jurídica (lo que la gente piensa y cree) lo que hace al federalismo ser una parte viva del Derecho; una estructura con significado. Y la cultura jurídica no es estática. Cambia con la sociedad.

En la primera mitad del siglo diecinueve, el federalismo estaba lejos de ser lo que es hoy en día. El gobierno central era una manchita en el mapa jurídico. Washington D.C. era un pueblo miserable, con lodazales en las calles, en donde hacía un calor espantoso en verano y había escasos habitantes. El gobierno federal era, comparado con los patrones modernos, ridículamente pequeño. En 1801, el Departamento del Tesoro, que «sobrepasaba en mucho a cualquier otra agencia de la Administración» empleaba a más de la mitad de los funcionarios que trabajaban para el gobierno federal. En su oficina central tenía 78 empleados y 1.615 en la periferia. En 1829, todo el personal federal de Washington «desde el empleado más humilde, mozo o conserje, hasta el Presidente», incluyendo congresistas y senadores, se componía de 625 personas[2].

En pocas palabras, el gobierno central, comparado con los estados, tenía un papel secundario. Los estados se introducían en la vida de la gente mucho más que el gobierno federal. La gente se consideraba, en primer lugar, ciudadanos de Virginia o de Pennsilvanya y, luego, americanos. El sistema jurídico nacional era como el minúsculo cerebro de un dinosaurio gigante. Estábamos lejos de disponer de un sistema nervioso central. Esta falta se notaba aún más a medida que uno se internaba en el Oeste. A principios del siglo XIX, los

habitantes del estado de Kentucky, separado de las costas orientales por las montañas, no consideraban que el gobierno central fuera de gran utilidad y se sentían más bien molestos por sus leyes impositivas sobre la renta (de las que hacían muy poco caso). Pero no debemos exagerar esta cuestión. Mary Tachau, que ha estudiado los tribunales federales de Kentucky en este período, estima que alcanzaban un importante nivel de poder y de actividad[3]. Sin embargo, el gobierno del estado estaba, en la mayoría de aspectos, en el centro de la vida pública, mientras que el gobierno central era débil y distante.

En cierto modo, el Oeste, a finales del siglo diecinueve tenía, por una razón distinta, una mentalidad más centralista. La cultura y tradición locales eran más débiles en el Oeste que en el Este o en el Sur. La población del Oeste era de inmigrantes. Los que allí vivían aún no habían echado raíces en el Oeste, no existía un patriotismo de estado del tipo del de Virginia.

Los americanos cambiaban constantemente de lugar. ¿Qué sentido podía tener, en 1890, hablar de una devoción por Montana, del amor a su cultura y tradiciones, cuando la mayoría de las personas que allí vivían acababan, literalmente, de llegar? Aún hoy en día el «patriotismo» estatal varía mucho de un estado a otro, según la tradición cultural. La gente siente un enorme orgullo local —casi un nacionalismo— en ciertas partes de Nueva Inglaterra y en el Sur. En California o Arizona, la mayoría de la gente son recién llegados, que vienen por el sol o en busca de empleo o, a lo más, hijos de recién llegados. La imagen de una California «patriota» es absurda, mientras que no lo es la de un tejano fanático de su tierra.

La cultura jurídica americana es también local en otro aspecto. Los jueces y abogados son locales. No existe una carrera judicial de ámbito nacional. Los jueces estatales no pueden ir más allá de sus fronteras; el que es juez de Delaware, siempre será juez de Delaware. No pude pedir el traslado a Pennsylvania. Incluso los jueces federales tienden a ser locales. El juez de Distrito de Dakota del Norte es un ciudadano de Dakota del Norte. El nivel inferior es aún más localista; el juez del condado de Aroostook, Maine, suele seguir allí toda su vida a no ser que obtenga un ascenso; no suele marcharse a ejercer al Condado de Kennebec (sin embargo en ciertos estados, la autoridad judicial o el Presidente del tribunal puede desplazar, temporalmente, a los jueces, para poner al día el trabajo atrasado de otros lugares). También los abogados tienden al localismo. Un abogado ejerciente en Menphis, Tennessee, no suele coger casos en Louisville, Kentucky. Hoy en día existen algunos grandes bufetes que tienen sucursales —a menudo en Washington D.C.— pero constituyen aún la excepción.

También es verdad que las Facultades de Derecho más importantes son «nacionales»; cogen a estudiantes procedentes de todos los lugares del país e ignoran el Derecho del estado en donde radican. Sólo unos cuantos estudiantes de Yale ejercen en Connecticut, aún cuando la Facultad esté en New Haven, Connecticut. En clase, los estudiantes de Yale estudian muy poco el Derecho de Connecticut.

Los abogados jóvenes son grandes viajeros. En los viejos tiempos acudían en masa a los nuevos establecimientos del Oeste. Hoy en día, muchos dejan sus casas para irse a Nueva York o a Washington, o a ejercer a otros lugares. Sin embargo, los jóvenes abogados no pasan muchos años yendo de un lado para otro. Una vez han adquirido suficiente práctica, echan raíces en algún sitio y allí se quedan. Los estados sólo permiten al abogado ejercer en el ámbito de su colegio; en algunos estados, tiempo atrás, sólo se permitía el ejercicio dentro del condado. Un abogado de Georgia no lo es de Oregón. A veces los abogados que se instalan en un lugar determinado no reciben automáticamente un trato de «reciprocidad». Puede ser que se les exija de nuevo el examen de ingreso al Colegio de Abogados, como si se tratara de un recién licenciado. Generalmente los abogados están muy vinculados a un solo territorio jurisdiccional, exactamente igual que los jueces.

Este estado de cosas hace que la cultura jurídica americana sea muy localista; tiende a conservar vivos muchos aspectos de la cultura jurídica local. Este extremo ha sido ampliamente demostrado en un reciente estudio sobre la congestión y el retraso en los tribunales[4]. Los investigadores trataban de saber por qué en unas ciudades los casos registrados tenían que aguardar tanto tiempo para el juicio, mientras que, en otros, los retrasos eran pequeños o inexistentes. En otros términos: unos tribunales eran lentos y otros rápidos, pero, ¿por qué? Los investigadores empezaron por apuntar algunas causas pero, sorprendentemente, ninguna de ellas resultó ser aplicable ni a los asuntos civiles ni a los penales. «Ni la envergadura del tribunal, ni el número de juicios, ni el volumen de los asuntos judiciales, ni los actos de conciliación explicaban la diferencia entre tribunales más rápidos y más lentos»[5]. ¿Qué sucedía pues? Los estudiosos llegaron hasta lo que conocemos por la cultura jurídica local: «las distintas posturas y prácticas de un sistema judicial informal». Los jueces y el restante personal de los juzgados tenían, desde antigüo, costumbres y mentalidades profundamente arraigadas. El ritmo de las sentencias

era distinto en las distintas ciudades, pero los jueces y los abogados sólo conocían el de sus propias ciudades. Lo que pudiera suceder en cualquier otro lugar no les interesaba. La cultura jurídica, por tanto, se desplazaba lentamente, como una especie de melaza legal. Novedades como el «hula-hoop» o el «disco dancing» cruzan el país en un abrir y cerrar de ojos; la cultura jurídica local apenas avanza a rastras.

Así podría decirse que, en algunos aspectos, los abogados y tribunales de los distintos lugares se hallan aislados unos de otros. Sin embargo, no debemos llevar esta afirmación demasiado lejos. El sistema jurisdiccional federal es completamente uniforme y se ocupa de hacer cumplir las leyes nacionales. Los tribunales federales aplican el derecho local en los casos de «jurisdicción por diversidad», pero las leyes federales de Procedimiento Civil (y de Procedimiento Criminal) rigen las actuaciones procesales en los estados, mientras que las leyes locales no. Los tribunales federales tampoco se pliegan a las opiniones o prejuicios locales en aquellas materias en las que Washington (o la Constitución nacional) ya se han pronunciado. Ello resultó evidente después de la sentencia *Brown* de 1954. Algunos jueces federales eran segregacionistas y se resistieron tanto como pudieron a la aplicación de la sentencia del Tribunal Supremo; otros, sin embargo, actuaron con gran valentía y honor, negándose a acatar las leyes locales[6]. En conjunto, los tribunales federales inferiores se mostraron mejor dispuestos que los tribunales de los estados para hacer cumplir la legislación sobre los derechos cívicos de forma honesta y consecuente.

El país no está unificado desde el punto de vista del Derecho —por lo menos en lo que se refiere a la teoría y técnica jurídicas— excepto a nivel federal. Pero está claramente unificado en lo que respecta a la vida económica. También hay una lengua común y la cultura, en general, es la misma en una y otra vertiente. Hay, desde luego, fuertes diferencias regionales, pero la TV y los movimientos migratorios internos tienden a nivelarlas a medida que pasa el tiempo.

La unidad económica del país es especialmente básica. Las personas y las mercancias circulan a través de las fronteras de los estados. Desde el punto de vista jurídico, los estados no pueden impedir, en modo alguno, la entrada de los productos de los demás estados. La Constitución lo prohibe expresamente. Vermont no puede imponer aranceles a los productos de New Hampshire. Colorado no puede excluir los productos de Utah. Un estado puede, todo lo más, impedir que entren frutas podridas o vacas enfermas. Pero esto es todo lo que le está permitido hacer, sin poder ir más allá.

En lo que respecta a la entrada de individuos indeseables, los estados no tienen mayores facultades para mantenerlos fuera de sus fronteras que las que tienen con respecto a las mercancias. Oregón no tiene derecho a expulsar a los inmigrantes de Ohio. En el pasado, los estados podían impedir la entrada a los «pobres» (o al menos intentarlo), pero el Tribunal Supremo, hace años, terminó con esta práctica[7]: El Tribunal dijo que ningún estado podía «aislarse de las dificultades comunes a todos... impidiendo la circulación de las personas y sus pertenencias a través de sus fronteras». Según la Constitución, si un criminal huye a otro estado debe concederse su extradición; esto es, debe ser «entregado» a petición del gobernador, al «estado que sea competente para conocer del delito»[8].

La Constitución preveía también la devolución de los esclavos fugitivos, incluyéndolos con cierta delicadeza semántica en una frase más general: aquellas personas «retenidas por el servicio o el trabajo» tenían que ser «entregadas a instancias de la persona a quien debían prestar los servicios o el trabajo»[9]. De acuerdo con esto, y para hacer cumplir este precepto, el Congreso aprobó algunas leyes referentes a esclavos fugitivos. Fueron leyes controvertidas y notablemente impopulares en ciertas partes del Norte. Los intentos de «cazar esclavos» en el Norte conducían, a veces, a una firme negativa o, incluso al derramamiento de sangre. Ninguna otra cuestión puso en mayor tensión al federalismo[10]. La esclavitud y el racismo enfrentaban a estados y regiones entre sí. La guerra civil no acabó, ni mucho menos, con ese conflicto.

No siempre los estados se han visto libres de impulsos proteccionistas. Así, a menudo, han intentado eludir el precepto constitucional y dictar leyes que beneficiasen a sus propios residentes en perjuicio de los habitantes de otros estados. En el siglo diecinueve, ciertos estados y ciudades intentaron abrumar de impuestos a los vendedores ambulantes foráneos, o establecer cargas especiales a las sociedades «extranjeras» (es decir, las sociedades de otros estados). Así, por ejemplo, una ley de Virginia de 1866 exigía a los agentes de las compañías de seguros «extranjeras» la obtención de una autorización especial, para lo cual dichas compañías tenían que depositar una fianza en la Tesorería del Estado. El Tribunal Supremo no estimó esta ley[11] anticonstitucional, en parte porque «suscribir una póliza de seguros no es una transacción comercial» y por tanto no es «comercio interestatal»; fuera de los límites del estado. Otras medidas

proteccionistas, establecidas más recientemente, han tenido menos suerte en los tribunales. También han fracasado económicamente. Las fronteras americanas son endebles como hilos.

Por lo demás, esas fronteras carecen también de significado. No hay en ningún caso grandes fronteras culturales, como sucede en Europa. Todos y cada uno de los estados (excepto Haway, que es un grupo de islas) tienen algún trozo de línea recta en alguna parte de sus fronteras. Los estados del Oeste son, en su mayoría, líneas sobre un mapa. Wyoming y Colorado son rectángulos, pura y simplemente. Wisconsin y Minnesota, Kentucky y Ohio, Missouri e Illinois están separados por ríos, pero ni siquiera estas fronteras naturales separan una civilización de otra, o un idioma de otro. Dakota del Norte y Dakota del Sur son estados separados, pero no tienen distintas culturas. Tienen códigos penales distintos, distintas leyes de divorcio, de responsabilidad civil, de procedimiento y sistemas judiciales distintos, por lo menos en algunos detalles. Las diferencias en la cultura jurídica tienden a perdurar pero, en muchos aspectos, tales diferencias son poco importantes, excepto para los juristas. En cualquier caso, no corresponden totalmente a otras tantas diferencias en la estructura económica y social de las dos Dakotas.

Así, las diferencias jurídicas entre estados tienden a ser, en conjunto, más bien pequeñas. Después de todo, se trata de un sólo país. Las leyes estatales son como los dialectos de un único idioma (con la excepción de Louisiana, en algunos aspectos). Un hombre con fuerte acento de Boston puede distinguir a un sureño a una milla de distancia, pero ambos pueden fácilmente seguir hablando el mismo idioma. La frontera con Canadá significa, jurídicamente hablando, mucho más que la línea recta que separa Dakota del Norte y Dakota del Sur y la frontera de México es, jurídicamente, muy ancha y profunda; mucho más ancha y profunda que Río Grande y mucho más difícil de cruzar.

El Federalismo y el «mercado» de leyes

Vale la pena insistir sobre el hecho inicial del federalismo americano; los Estados Unidos son, en todos conceptos, una unión económica y una unión social, pero no una unión jurídica; o al menos no del todo. Las leyes de los estados son, o pueden ser, más bien parecidas, pero ello es debido, en primer lugar, a una opción deliberada y, después, a que las condiciones de vida en los estados son muy parecidas. Cada estado es libre (si lo desea) de ser diferente dentro de su área. Esto era, en gran parte, lo que sucedía a principios del siglo diecinueve; desde la década de 1860 el gobierno central ha adquirido cada vez más fuerza y se ha producido un cambio firme y notable en las relaciones entre los estados y el gobierno federal. La razón de ello es evidente. Los cambios en la estructura socioeconómica y los avances tecnológicos prepararon el terreno.

Pero, a fin de cuentas, los estados tienen aún una reserva de poder. Ello posibilita lo que podríamos llamar un «mercado» de leyes. Los estados compiten unos con otros para obtener «clientes» mediante la promulgación de leyes competitivas. Así un estado puede frustrar la política de otros sacando a la venta (por así decir) una nueva ley, más barata, mejor o simplemente distinta.

Nevada constituye, en cierto modo, un caso extremo[12]. Nevada es un estado grande, pero árido, formado en gran parte de montañas y desiertos. Fue admitido a la Unión en 1864. En Nevada hay unas pocas minas y algo de ganado aquí y allá en los claros con hierba, pero, básicamente, poco puede hacer uno para ganarse la vida en este estado. En 1900 su población descendió a 42.000 habitantes aproximadamente. Sin embargo, ese país salvaje, lleno de artemisa y de ciudades fantasmales guardaba un buen triunfo en la manga; era un estado soberano, como los demás. Tenía un gobernador y una Asamblea legislativa. Tenía el poder de dictar las leyes que quisiera. Esto era una especie de riqueza natural; tanto como el oro y la plata.

Concretamente, Nevada podía competir con sus vecinos —especialmente con California, el gigante del Oeste— promulgando las leyes que California no tenía o no quería. Podía legalizar conductas que eran ilegales en California. De ahí que, a propósito o por casualidad, Nevada encontró su papel actual. Primeramente se convirtió en una fábrica de divorcios allá por el año 1920. No fue una idea original. Ya habían existido otras fábricas de divorcios —lugares en donde el divorcio era rápido y fácil de obtener— en otros estados, en el siglo diecinueve: Indiana, las Dakotas, etc. Estas fábricas de divorcio acabaron por sucumbir bajo el peso de la indignación moral[13]. La indignación moral nunca fue excesiva en Nevada.

En los Estados Unidos, Nevada es también la cuna del juego legalmente autorizado. Hoy en día, el juego y todo lo que comporta es, con mucho, la mayor industria del estado[14]. Allí van, en coche o en avión, cruzando el desierto de Mojave, miles y miles de californianos ansiosos de diversión. Los jets llevan a Reno o a las Vegas a cientos de miles de personas procedentes de todas las partes del país y del extranjero. Nevada permite que sus condados (excepto en el

Condado Clark, en donde están Las Vegas) autoricen legalmente las casas de prostitución. Ningún otro estado ha ido, oficialmente, tan lejos. También Nevada compite en cuestión de matrimonios. Se exige menos tiempo y formalidades que en California y se permite a cualquier persona mayor de dieciséis años contraer matrimonio sin necesidad de consentimiento paterno. La edad requerida en California para contraer matrimonio es la de dieciocho años. Las parejas californianas que quieren fugarse para poderse casar se van derechas a la frontera de Nevada. Se llevan consigo su dinero y una vez casados transfieren todavía más dinero a la economía de Nevada.

Nevada no es más que un vulgar ejemplo de como funciona el «mercado». Delaware es otro caso a señalar. Este estado minúsculo que se agarra con las puntas de los dedos a los pies de Pennsylvania, es la «patria» de miles de sociedades mercantiles, incluso algunas gigantescas. En Delaware tienen su sede toda clase de sociedades, sin ninguna conexión real con el estado; entre éstas (todo hay que decirlo) una compañía de autobuses de Denver y otros casos por el estilo. ¿Por qué es un estado tan popular? No es ningún secreto; hacia principios de siglo, Delaware, deliberadamente, promulgó una serie de leyes muy favorables a las sociedades. Ello atrajo a las compañías mercantiles como la miel atrae a las moscas. Establecieron sus estados mayores en la ciudad de Wilmington, Delaware; la mayoría en pequeñas habitaciones (las verdaderas oficinas principales estaban en otros lugares) y allí siguen. Los impuestos que pagan, a pesar de lo reducidos que son, significan un don del cielo para la economía de Delaware.

Podemos resaltar otra de las consecuencias del «mercado» legislativo nacional. Hasta hace poco Nueva York tenía una ley de divorcio restrictiva. El adulterio era, básicamente, el único motivo de divorcio. La presión para ampliar esa legislación y ponerla al nivel de los demás estados aumentaba día a día. También se presionaba en sentido opuesto, desde la Iglesia Católica, por ejemplo. Una de las razones por las cuales Nueva York se resistió tanto tiempo fue la de que ya disponía de una salida de emergencia hacia Nevada, al menos para los que tenían dinero suficiente para el viaje. En otras palabras, Nueva York se encontró en una especie de compromiso. Las leyes estrictas sobre el divorcio continuaban existiendo sobre el papel, haciendo su profesión de moral; pero, como no es tan fiero el león como lo pintan, los ricos de Nueva York iban a Reno y, en cualquier caso obtenían el divorcio. No hace falta decir que esta solución no era completamente satisfactoria, sobre todo para las personas sin demasiado dinero. No obstante, duró varias generaciones.

Dicho de otro modo, el «mercado» de leyes tiene ventajas e inconvenientes. Por una parte los estados pueden ganar terreno a sus vecinos, pueden actuar —como dijo en una ocasión el juez Louis Brandeis— como un laboratorio de reforma social mientras que, por su parte, los estados conservadores pueden retrasar las reformas.

Esto es, por ejemplo, lo que sucedió con la legislación laboral antes del «New Deal». Las organizaciones sindicales habían obtenido gran poder político en los estados industrializados del Norte y éstos promulgaron las primeras leyes severas sobre el trabajo de los niños. Los estados del Sur no tenían en sus códigos leyes como éstas o, de tenerlas, no las aplicaban seriamente. Los estados del Norte temían perder sus fábricas; les preocupaba que las fábricas textiles y otras industrias pudieran cerrar e irse al Sur, donde los salarios eran más bajos y los niños podían trabajar en la industria. En general, los estados del Sur no se regían por las leyes laborales y de seguridad social que eran normales en el Norte y en el Oeste o, de hacerlo, era a un ritmo mucho más lento. Desde el momento en que el capital y el trabajo podían fácilmente ir a parar al Sur, el sistema federal representaba un freno a la reforma. O, al menos, así se lo parecía a los liberales del Norte.

Era una situación frustrante. Los estados del Sur eran una escapatoria; anulaban la eficacia de las leyes laborales del Norte al igual que Nevada hacía inútil la ley antidivorcista de Nueva York. La solución tenía que hallarse a nivel nacional, es decir, con las leyes federales. El Congreso tomó cartas en el asunto. En 1916 promulgó una ley que prohibía la expedición de mercancías producidas en fábricas que utilizasen el trabajo de los niños. Pero en el caso *Hammer c/ Dagenhart*[15], un Tribunal Supremo conservador impidió la aplicación de esta ley. El Congreso, dijo el Tribunal, no tiene poder para aprobar una ley así. El caso levantó una oleada de protestas. Se intentó burlar la doctrina del caso *Hammer c/ Dagenhart* a través del poder impositivo o de la enmienda constitucional. Estas medidas, por el motivo que fuese, fracasaron. El control eficaz del trabajo infantil a escala nacional se consiguió sólo durante el período del «New Deal», en los años treinta.

El trabajo infantil es una materia polémica, pero en otras ramas del Derecho —que eran más «forenses», menos visibles políticamente— hubo movimientos que lucharon con más éxito con el problema de la desigualdad jurídica. Los mejores ejemplos de estos «exi-

tos» se dieron en el Derecho Mercantil; en el movimiento de leyes Uniformes descrito en el capítulo 5. El éxito de algunas de estas leyes, particularmente el del Código de Comercio Uniforme, significa que la legislación mercantil se ha convertido, al fin, en una materia básicamente nacional.

El Federalismo en tiempos recientes

Todavía duran en nuestros días los efectos del «mercado» del que hablamos, tal como puede verse en el ejemplo de Nevada. Pero su influencia ha disminuido considerablemente, pues el papel del gobierno central no ha dejado de aumentar. El control federal de la economía y la sociedad va en aumento. Las ideas tradicionales de los derechos de los estados frenan cada vez menos el poder de Washington. Aparentemente la Constitución no dio al gobierno federal demasiado poder legislativo. Distribuyó el poder a cucharaditas. El gobierno central podía regular el comercio «con las naciones extranjeras y entre los diversos estados y con las tribus indias» (Art. I sección 8.ª). «Entre los diversos estados» se entendía el comercio que circulaba por entre las fronteras de los estados. Pero a principios del siglo XIX el comercio interestatal era la excepción y no la regla. El comercio era, mayormente, un tráfico local.

A mayor abundamiento el Congreso (antes de la ley ICC) mostraba poca inclinación a legislar, incluso sobre comercio interestatal, y el Tribunal Supremo, hasta el «New Deal», mantenía un punto de vista más bien estrecho sobre el poder del Congreso —no lo bastante estrecho como para complacer a los extremistas de los «derechos de los estados»— pero estrecho, sin duda, desde un punto de vista moderno. En el proceso *United States c/ E.C. Knight Co.*[16]; por ejemplo, un caso de la Ley Sherman, el gobierno se hallaba empeñado en disolver el llamado trust del azúcar. La «American Sugar Refiny Company» ya había absorbido a la mayoría de refinadores de azúcar del país y acababa de hacer presa en otros cuatro, lo que le hubiera dado el 98% de toda la capacidad refinadora de azúcar del país.

Según la Ley Sherman ello se asemejaba, ciertamente, a un monopolio, pero el Tribunal Supremo aguantó firme en contra del gobierno. El Congreso era competente para legislar en materias de «comercio» y el trust del azúcar se dedicaba a la manufactura, no al comercio. Es claro que el monopolio de la fabricación afectaba necesariamente al comercio, pero el Tribunal dejó de lado esta cuestión.

Esta estrecha interpretación de la disposición constitucional sobre el comercio y de las competencias federales sobre los asuntos nacionales está totalmente descartada en nuestros días. El gobierno federal ejerce un amplio control sobre la economía y las barreras legales se han quedado prácticamente sin contenido. El comercio interestatal es la forma de comercio que predomina; el Tribunal y el Congreso han reducido la efectividad del precepto comercial constitucional como limitación al poder nacional a una pálida sombra de lo que antes fue. Este proceso se inició seriamente en 1930 y lo cierto es que ha llegado muy lejos.

La Ley de Derechos Cívicos de 1964, por ejemplo, convirtió en ilegal la discriminación racial en tiendas, restaurantes, hoteles y otros lugares públicos. ¿De dónde sacó el Congreso el poder de decirle a un pequeño bar cualquiera —a un tabernucho del Sur— que no tenía derecho a impedir la entrada a los clientes negros? Era un verdadero problema en nuestro sistema federal. El Congreso decidió resolverlo apoyándose en el precepto constitucional sobre el comercio. Los restaurantes que sirviesen a los viajeros que iban de un estado a otro caían bajo el imperio de aquella ley, y también si la «comida que servían... había sido objeto de comercialización». Ello quería decir que si los botes de sopa de las estanterías o la carne del sandwich de roast-beef o la caja de arroz «krispies» habían cruzado la frontera del estado, entonces el restaurante había de respetar las disposiciones de la ley sobre Derechos Cívicos.

Esta argumentación, insostenible desde el punto de vista lógico, era éticamente muy válida. En el siglo diecinueve, o incluso a principios de siglo veinte, se hubiera reputado absurda. El Tribunal Supremo de nuestros días la adoptó con entusiasmo, apurándola hasta las últimas consecuencias. Fue en el caso *Katzenbach c/ Mc. Clung*[17]. Con él, un lugar llamado Ollie's Barbecue, en Birmingham, Alabama, entró en la historia jurídica; fue el protagonista del caso-test en el que el Tribunal Supremo interpretó, en el sentido que hemos visto, la ley de Derechos Cívicos de 1964. Después de este caso quedó claro que el precepto constitucional sobre el comercio ya no representaba ningún freno serio para el Congreso. Cuando tuvo que hacerse cumplir la legislación nacional en una materia tan delicada como los derechos y libertades cívicas, los tribunales no pusieron impedimento alguno.

Sin embargo, en su aspecto negativo, el precepto constitucional sobre el comercio está lejos de haber desaparecido. Todavía actúa como límite de lo que los estados pueden hacer. No se permite a los estados discriminación alguna contra las mercancias de los otros es-

tados. California sigue sin poder impedir la entrada de las naranjas de Florida. Y los reglamentos estatales que puedan representar obstáculos ilegales al comercio interestatal —por ejemplo, una insólita ley sobre los guardabarros de los vagones o restricciones a la longitud de los trenes interestatales a su paso por el estado procedentes del exterior— son declarados nulos por los tribunales[18]. En un caso histórico del año 1951, el Tribunal Supremo declaró la nulidad de una ordenanza de Madison, Wisconsin. Esa ciudad prohibía comercializar cualquier leche supuestamente pasteurizada, a menos que fuese procesada y embotellada «en una planta autorizada para la pasteurización dentro de un radio de cinco millas de la plaza central de Madison». Una sociedad lechera de Illinois impugnó esa norma. El Tribunal la dejó sin efecto. El concepto de «áreas de comercio preferencial» es «destructor de la finalidad misma del precepto constitucional sobre el comercio». Esta ordenanza establecía una carga discriminatoria al comercio interestatal; por ello tenía que desaparecer[19].

Es esta una rama del Derecho técnica y difícil. Los tribunales se han esforzado en encontrar un razonable término medio. De algún modo los estados deberían tener el derecho de decidir sus propios asuntos, hacer su propia política. Pero la economía nacional es prioritaria. ¿En dónde hay que trazar la frontera? ¿Puede Nueva Jersey impedir a las sociedades de transporte de materiales descargar deshechos sólidos o líquidos producidos o recogidos fuera de Nueva Jersey? El Tribunal Supremo dijo que no. ¿Puede un estado dar un trato preferente a sus propios habitantes a la hora de distribuir las escasas riquezas naturales? Montana cobraba a sus residentes treinta dólares por un permiso para la caza del ciervo; los forasteros tenían que pagar 225 dólares. En este caso el Tribunal Supremo lo autorizó[21]. El proceso para buscar una línea divisoria no ha terminado aún.

El gobierno federal es, hoy en día, una enorme máquina de recaudar impuestos, que absorbe miles de millones de dólares para respaldar a sus grandes empresas y alimentar a millones de bocas. El dinero de los impuestos va, primordialmente, hacia dos objetivos principales: seguridad social y defensa. Las armas nucleares, en este peligroso mundo, son escandalosamente caras. Sólo el gobierno federal las puede costear; sólo el gobierno federal interviene en los asuntos mundiales. Arkansas no tiene bomba atómica, ni embajadores, ni voz en la política internacional. La política internacional es, empero, cuestión de vida o muerte y también lo es el comercio internacional.

Estos hechos refuerzan el poder federal y recortan la relativa importancia de los estados.

Desde el «New Deal» de 1930, son cada vez más las parcelas de la vida del gobierno y del Derecho americano que han cruzado la línea invisible que separa el poder de los estados del dominio federal. Antes del «New Deal» la legislación sobre seguridad social no podía ser más localista. Ni siquiera estaba centralizada a nivel estatal; cada pueblo, ciudad o condado actuaba por su cuenta. La depresión hundió las finanzas locales. La Seguridad Social se instaló. El gobierno federal es, hoy en día, el contribuyente más importante en el pago de las pensiones de jubilación, subsidios de desempleo y en la mayor parte de los demás programas sociales.

También la educación era, antaño, patrimonio exclusivo de las juntas escolares, con una cierta supervisión estatal. En todo caso el gobierno federal no tenía voz en esa materia. En 1950 el Congreso aprobó una ley que concedía dinero a los distritos escolares «especialmente afectados». Se trataba de distritos con especiales «cargas financieras» a causa de alguna actividad federal (una base del Ejército con montones de niños, por ejemplo)[22]. En 1965 se produjo un cambio radical: la Ley de Educación Elemental y Secundaria[23]. En ella se preveía dinero para los distritos escolares en general, tanto si estaban especialmente afectados como si no. A partir de este momento, el dinero y las normas federales —sobre educación bilingüe, segregación racial, niños minusválidos, etc.— empezaron a transformar, en las leyes y en la práctica, la administración educacional. Hoy en día, el Departamento de Educación es uno más dentro del Gabinete; gasta miles de millones y supervisa docenas de planes.

Tiempo atrás tampoco había nada más típicamente local, más sujeto al control exclusivo del estado y de la ciudad, que la Justicia penal. La policía local se ocupaba de asesinatos, robos y violaciones, y también del juego y del etilismo. En el siglo diecinueve eran pocos los delitos federales (el contrabando, la inmigración ilegal). Antes de 1891 el gobierno federal no tenía ni siquiera prisiones propias. Ingresaba a los internos, que eran pocos, en cárceles estatales. Hoy en día los delitos se han convertido en interestatales en muchos aspectos. En el siglo veinte los delitos federales han cobrado mayor importancia debido a las leyes contra la conducción de vehículos robados a través de las fronteras estatales y a las leyes contra las drogas, los prófugos y los fraudes fiscales en la renta. Hay una Oficina Federal de Investigación (FBI) que tiene mucho poder; el Gobierno federal juega incluso cierto papel en la financiación de la lucha local

contra el crimen. La Ley de Asistencia para la Aplicación de las leyes (1965) y la Ley sobre Seguridad en la Calle y Control de delitos diversos (1968)[24] significaron más dinero para los gobiernos estatales y locales. La Ley de 1968 establece que la delincuencia es «esencialmente un problema local» pero que la gran incidencia delictiva es una amenaza a «la paz, seguridad y bienestar general de la nación». Ello justificó un programa federal de apoyo local para la aplicación de las leyes. Parece claro que en 1980 ya no hay ningún programa importante de gobierno que sea totalmente «local».

Y, sin embargo, el antiguo equilibrio no ha desaparecido del todo. Por un lado el federalismo tiene aún bastante peso en la cultura jurídica. Por otro, hay una fuerte tradición en gobernar desde cerca. La Constitución trató de construir un sistema de «frenos y balanzas». El ejecutivo, el legislativo y el judicial se vigilarían y controlarían entre sí. Los gobiernos de los estados harían de contrapeso al gobierno federal; el gobierno federal tendría controlados a los estados.

Todo esto formó parte del plan original. Los fundadores desconfiaban del poder descontrolado. Negaron a los legisladores el derecho divino o «quasi» divino de los reyes. Prefirieron una especie de Generalato; esto es, un gobierno compuesto de pequeñas piezas —o pequeños feudos— con una dirección o plan general. Incluso en la era nuclear —en el mundo de los años ochenta— hay que decir algo en favor de este plan. Aunque muy maltrecho por la Historia, todavía no ha muerto. En el momento presente (1984) se aprecia una cierta tendencia a cambiar de dirección, a invertir el sentido. Se detecta cierta nostalgia por el viejo federalismo; un federalismo que ponga más el acento en los estados. Lleva, irónicamente, el nombre de «nuevo federalismo». Hasta ahora sólo se han dado algunos pequeños pasos en esa dirección. Está por ver si este «nuevo federalismo» será un movimiento importante o solamente el tímido gorjeo de un pájaro en la madrugada.

8

En el interior de la Caja Negra: La substancia del Derecho

LA ESTRUCTURA DEL Derecho, el sistema judicial, los procedimientos legales, la Historia del Derecho, el lugar que ocupa el Derecho en la sociedad; todas éstas son materias importantes, pero es en el centro del sistema jurídico donde hallamos sus verdaderas leyes operativas: la substancia del Derecho. ¿Cuáles son las conductas que el sistema intenta controlar? ¿De qué modo el Derecho condiciona los comportamientos? ¿Qué conductas estimula y qué otras desaconseja? Estas son preguntas clave en toda sociedad.

El sistema jurídico nos afecta a diario en nuestras vidas. Ello es especialmente cierto si tomamos una amplia perspectiva del Derecho, definiéndolo como todo control social *público*. El sistema es de una envergadura impresionante y toca muchas materias, grandes y pequeñas, como queda claro en el cuento de la visita a la tienda de comestibles del capítulo 1. El Derecho opera también a muchos niveles. Supongamos que uno vive en Omaha, Nebraska. Es, desde luego, ciudadano de los Estados Unidos de América. Está bajo el imperio de la Constitución de los Estados Unidos; bajo su protección y también sometido a la clase de gobierno que establece. Como americano, está bajo el manto —o bajo el dominio— de las leyes federales. Dichas leyes llegan a ocupar del orden de más de 25.000 páginas de letra pequeña. Es cierto que en su mayoría no tienen nada que ver, directa o indirectamente, con uno y con la vida de uno; pero una parte con-

siderable de ellas nos afecta. Uno puede ignorar o despreocuparse, por ejemplo, de la Ley de Patentes; pero los inventos patentados al amparo de esta Ley —desde el teléfono hasta las computadoras, pasando por los imperdibles— tienen, decididamente, mucho que ver con nosotros.

Las leyes federales son sólo el principio. Luego hay más de 450 volúmenes de sentencias del Tribunal Supremo y bastante más de mil volúmenes de sentencias de tribunales federales inferiores. Aquí todavía, hay menos materia que nos concierna personalmente; pero entre esa enorme cantidad de palabras hay, indudablemente, sentencias (sobre la raza, la guerra y la paz o la economía) que afecten nuestras vidas de un modo u otro. Después están los reglamentos federales, tomos y más tomos, y las resoluciones de las Agencias de la Administración y de los Tribunales en materia de alimentos y fármacos, impuesto sobre la renta, Derecho del Trabajo, derechos cívicos, mercados de valores. Es literalmente imposible contarlas.

Y, sin embargo, todo esto se refiere sólo al Ordenamiento Federal. También estamos sometidos a la jurisdicción de Nebraska. También ella tiene un sistema jurídico. Las leyes Revisadas de Nebraska llenan una buena estantería de libros. En 1980 se publicó un Suplemento Adicional. Sólo contenía los cambios legislativos efectuados en Nebraska desde unos pocos años antes y, sin embargo, este libro tiene más de 2.200 páginas, él sólo. Están también las publicaciones de sentencias del Tribunal Supremo de Nebraska (varias estanterías grandes) y las leyes, reglamentos y resoluciones de las agencias del estado. Y todavía no hemos terminado; está también el Ayuntamiento de Omaha, con sus ordenanzas y normas legales, reglamentos y resoluciones, sobre escuelas, tráfico, sanidad local, sobre dónde puede construirse y dónde no, y así sucesivamente.

Toda esa asombrosa masa de material tiene que ser sistematizada de alguna manera. De otro modo nadie sería capaz de enseñar Derecho en una Facultad y los juristas no podrían hallar su rumbo en ese océano. Está perfectamente claro que no hay ningún jurista que pueda pretender «conocer todo el Derecho». Cada jurista conoce, desde luego, parte de él y el especialista conoce bien y con precisión una parcela determinada. Pero incluso el jurista más preparado ignora una gran parte de nuestro Derecho. Lo que el jurista conoce (o debería conocer) son los límites de su conocimiento. Sabe, sin embargo, cómo «consultar la ley» y cómo buscar lo que desconoce y cómo manejar la ley una vez localizada.

En otras palabras, las leyes escritas son como artículos de un gigantesco diccionario. La mayoría de la gente conoce algunas palabras: las fáciles, las del lenguaje diario. Los especialistas conocen las palabras pertenecientes a su especialidad (los biólogos conocen los términos de Biología; los gourmets, los de la gastronomía; los jugadores de fútbol, los términos futbolísticos). Lo mismo sucede, aproximadamente, con el Derecho. La gente, en general conoce las palabras fáciles *(juez, jurado, contrato, hipoteca, asesinato).* También conoce algunas leyes sencillas. Los juristas saben mucho más; conocen los principios básicos, la materia que todos aprenden en la Facultad. Los especialistas conocen lo relativo a sus áreas respectivas —Derecho Fiscal, por ejemplo—, pero el especialista en impuestos sabe poco o nada sobre la legislación de fármacos y alimentos o sobre Derecho Marítimo o los derechos de los presos.

Hemos estado hablando de las partes escritas, visibles del Derecho. Pero los juristas no se limitan a consultar las leyes. Muchos de ellos trabajan días seguidos sin consultar nada en los libros. Tienen experiencia. Conocen bien el proceso ordinario por haber actuado cientos de veces. Han cerrado muchos tratos inmobiliarios o legalizado docenas de sucesiones o han llevado muchos divorcios o presentado incontables recursos en materia impositiva. También saben como funcionan realmente los sistemas jurídicos de sus ciudades. Saben con quién hay que tratar; qué hacer; qué formularios rellenar; cuándo hay que esperar pacientemente y cuándo moverse pronto y rápido. Su conocimiento práctico es una parte vital de su pericia, tan vital como «conocer el Derecho».

El Derecho y sus clasificaciones

Los romanos fueron, probablemente, el primer pueblo en abordar el problema de reducir el Derecho a un sistema. Desde luego, mucho antes de los romanos, había habido comunidades con leyes y códigos legislativos. Sin embargo, por lo que sabemos, los pueblos como Babilonia o los hititas no escribieron tratados de Derecho ni intentaron sistematizar los conocimientos jurídicos en una forma organizada. Los romanos sí lo hicieron. Sistematizaron y clasificaron las leyes y lo hicieron de forma útil y duradera.

El Derecho romano clásico, por ejemplo, distinguía entre «Derechos personales» y «Derechos reales». Wiliam Blackstone, en cuyos «Comentarios sobre el Derecho de Inglaterra» intentó compilar todo el Derecho inglés para los lectores profanos de mediados del siglo dieciocho, utilizó la misma distinción; y también la encontramos en

numerosos códigos civiles de Europa y de América Latina. También en Louisiana, la parte primera (libro I) del Código Civil lleva el título «De las personas» e incluye (entre otras cosas) disposiciones sobre el matrimonio, divorcio y minoría de edad. El libro II lleva el título «Las cosas y las distintas formas de propiedad» y trata básicamente sobre el Derecho de Propiedad.

Los estudiosos del Derecho Civil (en su mayoría europeos) siempre se han interesado por las clasificaciones jurídicas. Han intentado encontrar algún modo sistemático y racional de dividir el Derecho en varias partes o materias. El «Common Law» muestra menos entusiasmo en esa tarea. Indudablemente el «Common Law», a través de los años, alcanzó una envergadura considerable. Cuando esto sucedió en Inglaterra, los estudiosos intentaron clasificarlo de forma manejable, estructurándolo convenientemente. Blackstone fue uno de estos estudiosos. El método, básicamente, lo tomó prestado del Derecho Civil. Los «*Comentarios*» tuvieron gran éxito, especialmente en este país. Hubo muchas ediciones «americanas», esto es, versiones de Blackstone con notas especiales sobre las fuentes americanas y las diferencias. Después de la independencia, los juristas americanos intentaron seguir los pasos de Blackstone, pero esta vez en relación con el Derecho Norteamericano. De todos los tratados de esta clase, el más notable fue los «Comentarios sobre el Derecho Americano» de James Kent, publicado por primera vez entre 1827 y 1830. Esta obra, en cuatro volúmenes, tenía una disposición más o menos parecida a los *Comentarios* de Blackstone. También tuvo numerosas ediciones. Blackstone fue un buen divulgador, pero no tenía mucho de filósofo del Derecho, al menos según los modelos europeos. No obstante, su libro era mucho más sistemático que muchos intentos ingleses de enfrentarse con el «Common Law» como un todo. Los llamados compendios de Derecho constituyen otro sistema de ordenar las leyes básicas. La palabra *compendio* puede parecer algo irónica, por cuanto algunos de estos compendios alcanzaban varios volúmenes. Estaban ordenados de la forma más sencilla posible: alfabéticamente y por materias.

También esta idea viajó hasta América. Nathan Dane compuso, a principios del siglo XIX, un *Compendio de Derecho Americano*, con la misma organización (o desorganización) general. Incluso hoy en día, los juristas disponen de enormes enciclopedias jurídicas como libros de referencia. Una de ellas es el *Corpus Iuris* que (junto con su continuación, el *Corpus Iuris Secundum*) intenta cubrir la totalidad de la jurisprudencia americana. El Corpus Iuris está ordenado alfabéticamente por materias, como un diccionario o una enciclopedia; lo mismo sucede con muchos compendios de Derecho estatal o interestatal. La segunda edición de la *Jurisprudencia Americana*, que es uno de los mayores compendios, tiene una extensión de ochenta y dos volúmenes; el primero empieza con «Abandono de propiedad» y el último termina con «Zonas y planes de urbanismo».

El orden alfabético indica que el autor carece de una teoría para ensamblar todas las materias; luego necesita dividir el conjunto en partes o ramas. De otro modo no se podrían ni siquiera catalogar las materias por orden alfabético. Al igual que la harina o el azúcar, el Derecho requiere ser envasado en cajas o sacos antes de poder ser manejado. Existen docenas de envases convencionales, pero la mayoría de esas categorías (como «Abandono de Propiedad») son de menor importancia. Unas pocas categorías tienen más relevancia; constituyen las grandes subdivisiones básicas del Derecho. Estas, en su mayoría, definen también el contenido de las materias de los cursos básicos que se enseñan en las Facultades de Derecho Norteamericanas.

Los contratos. Los contratos son una parte del Derecho que, en definitiva, se refiere a los acuerdos voluntarios. La mayoría de la gente sabe más o menos lo que significa firmar un contrato. Se da cuenta perfectamente de que un contrato es un trato o un acuerdo entre dos personas (o más) para hacer alguna cosa, comprar o vender bienes, construir o demoler una obra o llevar a cabo alguna de las restantes e innumerables actividades a las que se compromete una persona o sociedad a cambio de otro compromiso (generalmente el de pagar un precio en dinero).

Hace más de cien años (1861), el gran jurista inglés Sir Henry Maine, publicó un libro titulado «*Derecho antiguo*». En un famoso pasaje, Maine, describía la evolución del Derecho a través de los siglos en las sociedades «progresistas» (esto es, modernizantes). El desarrollo jurídico se logró al pasar del «status» al «contrato». Lo que quería decir es que las relaciones jurídicas en las sociedades modernas no dependen primordialmente del nacimiento o de la pertenencia a una casta; dependen de los acuerdos voluntarios. Isabel II es Reina de Inglaterra por un azar de nacimiento; pero no es un azar de nacimiento el que yo tenga que pagar los plazos de un Plymouth amarillo de segunda mano; ello es porque contraté la compra del coche por mi propia voluntad, como una persona adulta, con plena responsabilidad.

En ese sentido el régimen contractual es fundamental en las sociedades modernas. La economía en su conjunto —e incluso el conjunto del sistema social— se apoya en él. Pero un régimen contractual, un sistema contractual —esto es, una economía basada en acuerdos voluntarios, dirigida principalmente por el mercado— no es lo mismo que el Derecho Contractual tal y como convencionalmente se define y enseña en las Facultades de Derecho. El Derecho Contractual sólo trata de algunos aspectos del mercado y de algunas clases de acuerdos.

En términos jurídicos, un contrato es una promesa (o un conjunto de compromisos) que la ley protege y reviste de fuerza de obligar. Yo prometo llevar un camión de madera y el comprador promete pagarme un precio determinado; si no entrego la madera, he «incumplido» el contrato. El comprador puede demandarme por daños y perjuicios, si lo desea.

Para contratar validamente se necesita, al menos, en términos generales, dos partes; ambas deben tener «capacidad» legal. Un niño pequeño o un demente no pueden contratar válidamente. Una parte debe hacer una «oferta» y la otra debe «aceptarla».

Oferta y *aceptación* son términos ingleses vulgares, pero tienen un signficado técnico y especializado en el campo del Derecho. El anuncio de una sección de unos grandes almacenes que propone en «oferta» una máquina de coser a bajo precio en forma de «Oferta especial del jueves» no es probablemente una oferta en términos legales. En primer lugar, no se trta de una verdadera promesa de venta de máquinas de coser. Si, por ejemplo, el público agota las existencias, los grandes almacenes no están obligados a seguir vendiendo máquinas de coser a los decepcionados clientes[1]. En cualquier caso, una «oferta» tiene que ser un compromiso jurídico.

«Oferta» y «Aceptación» son, pues, compromisos y deben apoyarse en una cosa misteriosa que se llama «causa». Es un concepto jurídico complicado, difícil de definir en una o dos frases. La idea subyacente, es, sin embargo, simple. Cada una de las partes de un contrato hace su promesa «a causa» de algo que la otra le promete. Si ofrezco vender mi viejo coche por 2.000 dólares y el comprador acepta (prometiendo pagarme los 2.000 dólares) la causa es clara en cada parte. Pero si prometo dar a mi hija un puñado de diamantes porque la quiero, no existe «causa» en mi promesa; pues ella a cambio no me da nada (el amor, ¡ay!, no cuenta en Derecho Contractual). En ese caso, si no llevo a cabo la entrega (o me muero antes de poder hacerlo), ella no tiene derecho alguno a demandarme o a demandar a mis herederos y reclamar los diamantes.

El Derecho Contractual, evidentemente, estudia muchas otras cuestiones. El tratado sobre Derecho Contractual de Samuel Williston —primera figura en ese campo durante muchos años— ocupa tomos y más tomos. Existe la duda, sin embargo, de si toda esta ciencia importa mucho en el mundo de los negocios. Stewart Macaulay, en un artículo ya clásico, analizaba el comportamiento de los hombres de negocios de Wisconsin. Encontró que muchos procuraban evitar o eludir la aplicación del Derecho (formal) contractual y la doctrina. Tenían especial cuidado en evitar pleitear entre ellos, incluso cuando, según la ley «estaban cargados de razón». Sus motivos no ofrecían ningún misterio. Los hombres de negocios dependen los unos de los otros, viven y trabajan en circuitos de relaciones continuas. Puede que un industrial compre clips para papeles, plumas y material de oficina a un mismo proveedor año tras año. El pleitear por un quítame allá esas pajas, discutir con exceso o plantar cara por unos «derechos» abstractos, era perturbador y propiciaba la ruptura de esas valiosas relaciones. Asimismo, había unas normas, unas prácticas y un concepto del honor y de la corrección que los hombres de negocios seguían de forma tradicional. Eran más sutiles y más complicadas que las normas formales de los juristas[2].

El «Derecho Contractual» es un primer curso tipo en todas las Facultades de Derecho. Ello no obstante, probablemente es una parte menos importante del Derecho vivo que otros campos que se han construido sobre el Derecho o las instituciones contractuales. Uno de esos campos es el Derecho Mercantil. Es la rama del Derecho que se ocupa de la compra y venta de bienes, especialmente a crédito o a plazos; también se ocupa de los cheques, pagarés y demás «instrumentos negociables». Otro campo próximo a éste es el del Derecho Concursal. La quiebra empresarial o individual es un verdadero proceso que hace borrón y cuenta nueva del pasado y permite empezar otra vez. Y lo que es más importante, el proceso concursal está destinado a procurar la igualdad de trato a todos los acreedores. Se propone evitar una merienda de negros con el patrimonio de una empresa hundida y unos deudores fallidos. El Derecho Concursal es de competencia federal y se aplica en los tribunales federales. Otro campo que crece rápidamente es el de los Derechos de los Consumidores. Hay aún otros campos que tratan de algunas clases especiales de contratos, por ejemplo, de los contratos de seguro. Los contratos de

seguro, así como el negocio de los seguros, están regulados muy prolijamente y sujetos a normas especiales.

Daños y perjuicios. El Derecho sobre daños y perjuicios suele ser conocido como el derecho del «ilícito civil», pero es difícil dar una definición más exacta. Constituye un acto ilícito herir a alguien accidentalmente (con los puños o con el coche) por no haber tenido cuidado suficiente: llamar ladrón a alguien que no lo es, o decírselo por escrito (calumnia de palabra o por escrito); detener con dolo a una persona, o invadir su esfera privada o cruzar por sus tierras sin su permiso.

Es, más o menos, como el cajón de sastre de determinados comportamientos que tienen poco en común, excepto que todos son ilícitos y no derivan de ninguna relación contractual de la víctima con el agresor. Son también considerados injustos «civiles», lo que significa que no son delitos (o por lo menos, no necesariamente). Si alguien, por error, andando en la finca de otra persona pisa una cosa de valor, puede que tenga que pagarla. Pero no ha cometido delito alguno y no se le encerrará por ello. No se comete ningún delito si, saliendo de un aparcamiento en marcha atrás, se abolla el parachoques de otro coche, salvo si se hace voluntaria o temerariamente. Pero, evidentemente, hay que pagar. Algunos ilícitos *son* delito, en especial si el comportamiento es temerario o doloso. El ilícito ordinario no lo es.

El ilícito civil es una conducta que causa daño, pero no llega a alcanzar ninguno de los tipos delictivos que la sociedad ha previsto. Todos los hechos enumerados en el párrafo anterior son ilícitos civiles, sin embargo, algunos son más importantes que otros. El núcleo del Derecho sobre daños y perjuicios es la acción por lesiones corporales; la demanda contra una persona física o jurídica a consecuencia de lesiones físicas. Probablemente el 95% de las reclamaciones por daños y perjuicios se basan en lesiones físicas. En nuestros días, los accidentes de coche son los causantes de la mayoría de ellas. Tiempo atrás, los accidentes de trabajo y de ferrocarril eran las causas más prolíficas de tales reclamaciones. En el siglo XIX, antes de la era del ferrocarril, el Derecho sobre daños y perjuicios era, ciertamente, insignificante, lo que no es de extrañar. Esta rama del Derecho trata sobre todo de los efectos que producen en el cuerpo humano las máquinas con elementos que giran o aplastan violentamente. Pertenece al mundo de las fábricas, de los ferrocarriles y de las minas; en otras palabras, al mundo de la Revolución Industrial.

Así, pues, el ferrocarril creó, básicamente, el Derecho sobre daños y perjuicios. Antes de 1850 no se había publicado en Inglaterra o en Estados Unidos ni un sólo tratado sobre el ilícito civil. De los accidentes de ferrocarril pronto surgieron pleitos por daños y perjuicios. Nicholas Farwell, empleado de los ferrocarriles «Boston and Worcester», perdió la mano en un accidente trabajando de guardagujas; demandó a los ferrocarriles y no consiguió nada, pero el caso *Farwell c/ Boston & Wolcester Rp. Corp.* sentó jurisprudencia. En este proceso, el Presidente del Tribunal de Massachusetts, Lemuel Shaw, elaboró la versión americana de la norma «sobre responsabilidad por lesiones causadas por negligencia de otro compañero de trabajo». Según esta norma un trabajador no puede demandar a su empresa por lesiones causadas en accidente de trabajo si éste se produjo por negligencia o imprudencia de un compañero. Este era, desde luego, el caso más usual en las fábricas, minas o ferrocarriles. De ahí que la norma protegiera a los patronos de casi todas las demandas por accidentes de trabajo[4].

A pesar de esta norma, los accidentes de trabajo en los que obreros como Farwell quedaban mutilados por las máquinas eran, en el siglo XIX, la causa más frecuente de los pleitos por daños y perjuicios. En el siglo XX, esta «norma del compañero de trabajo» fue sustituida por un sistema administrativo; las prestaciones por accidentes de trabajo. Al mismo tiempo, los accidentes de tráfico pasaron a ocupar la delantera. Más tarde, dos subespecies del Derecho sobre indemnización por daños y perjuicios alcanzaron, rápidamente, gran importancia: la negligencia médico-profesional y la responsabilidad del fabricante (lesiones causadas por alimentos en mal estado, juguetes, accesorios, fármacos y otros productos). Un estudio sobre los juicios con jurado celebrados entre 1960 y 1979 en el Condado de Cook, Illinois (Chicago y sus alrededores) muestra como los accidentes de tráfico fueron los asuntos que predominaron en los tribunales inferiores. De los juicios civiles con jurado celebrados en este período, el 65,5% fueron accidentes de tráfico. Los casos de responsabilidad por defectos de fabricación pasaron del 2,3% al 5,8% al final del período. Los relativos a negligencia médico-profesional pasaron del 1,4% al 3,5%[5]. Sin embargo, estas dos últimas categorías armaron un revuelo social fuera de toda proporción con las cifras consignadas; el aumento de los pleitos por negligencia médico profesional creó un sentimiento de crisis en la profesión y fue la causa de los esfuerzos reformadores de muchos estados, incluyendo el intento de poner un límite en las cantidades que los perjudicados podían demandar a los médicos y hospitales.

Un concepto básico del Derecho de Indemnizaciones por daños y perjuicios es el de «negligencia». Significa, más o menos, falta de cuidado. Fundamentalmente, si una persona causa daño a otra sólo puede ser demandada en reclamación de daños y perjuicios si ha habido negligencia. Debe de existir algún tipo de culpa. Si ha actuado con todo el cuidado que debía (tan cuidadosamente como «una persona razonable»; el rasero para medir la negligencia), entonces no se puede reclamar por los daños.

En la inmensa mayoría de casos el problmea consiste en averiguar si los hechos revelan o no negligencia. En el siglo XX este concepto ha sufrido cierto declive, sobre todo en cuestiones por defectos de fabricación. Los tribunales exigen cada vez menos la «plena responsabilidad»; esto es, autorizan que el perjudicado sea indemnizado incluso cuando no haya negligencia y el fabricante haya puesto todo el cuidado humanamente posible*.

Puede darse el caso de que a un fabricante de conservas de vinagre, a pesar de tener un buen control de calidad, le salga un bote entre un millón en mal estado; se deslice por los filtros de control y lesione la salud de alguien. El fabricante no ha actuado con negligencia, tal como la entendían en el siglo diecinueve. Pero la doctrina moderna sostiene que el fabricante tiene que indemnizar.

El Derecho de Propiedad. El viejo «common law» era, predominantemente, Derecho de la propiedad inmobiliaria y la distinción entre «bienes inmuebles» y «bienes muebles» era crucial. En términos generales, se entiende por bienes inmuebles las fincas, tierras y edificios, aunque también se incluye a cosas tales como cosechas pendientes. Todo lo demás: dinero, acciones y obligaciones, joyas, automóviles, cargamentos de madera, pagarés o depósitos bancarios, son bienes muebles. Todos tenemos intereses en inmuebles desde el momento en que vivimos en algún lugar y también trabajamos o estudiamos en algún sitio o viajamos a alguna parte. Cada uno de nosotros es inquilino o propietario o vive con los inquilinos o los propietarios. Pero, para la mayoría de nosotros, los bienes muebles significan más que los inmuebles. Parece, pues, extraño, que desde el punto de vista del Derecho, la palabra *propiedad* signifique, primordialmente, derecho de propiedad inmobiliaria; la propiedad mobiliaria tiene menos importancia.

De hecho, la propiedad mobiliaria es, jurídicamente, un campo

*Equivale aproximadamente a la indemnización por «culpa objetiva» de nuestra doctrina (N. T.).

menos relevante, precisamente *porque* los bienes muebles han cobrado mucha importancia. No existe sólo una única rama del Derecho dedicada a los bienes muebles. Los bienes muebles son el objeto del Derecho contractual, del Derecho Mercantil y del Concursal y también del Derecho de Indemnización por daños y perjuicios. Sin embargo, hay tantas normas especiales sobre inmuebles que es lógico tratar esta materia en un campo jurídico autónomo.

El Derecho de propiedad es aún hoy una de las ramas fundamentales del Derecho y los bienes inmuebles constituyen un objeto importante del ejercicio profesional del abogado.

Y, sin embargo, el Derecho Inmobiliario es, en términos jurídicos, una mera sombra de lo que fue. De hecho uno de los más notables acontecimientos en nuestro sistema, si se coge una amplia perspectiva, es la decadencia relativa al Derecho inmobiliario. En la Inglaterra medieval sólo hubiese sido una pequeña exageración decir que el Derecho inmobiliario era el Derecho típico del país. Cuando Blackstone publicó sus *Comentarios*, a mediados del siglo XVIII, dedicó al Derecho inmobiliario un volumen entero (una cuarta parte de la obra). Un Blackstone de hoy reduciría el tema a una fracción de su extensión; el 5 ó 10% de todo el Derecho, como máximo.

La Inglaterra medieval vivía bajo un régimen feudal. El poder y la jurisdicción —piedras angulares de la riqueza y la posición social— se basaban en la tierra, y sólo en la tierra. Un «lord» era una persona que tenía tierras; que gozaba del derecho de propiedad, del dominio y la autoridad sobre sus tierras. Una persona sin tierras era alguien sin verdaderos intereses en los asuntos de estado. El «common law», tal como lo interpretaban los tribunales reales, tenía poco que ver con los hombres y mujeres sin tierras, que eran la mayor parte de los habitantes de Inglaterra. Antaño, incluso en nuestro país, sólo tenían derecho a votar o a detentar un empleo público las personas que tuvieran intereses inmobiliarios. Así por ejemplo, la Constitución de Nueva York de 1777 restringía el derecho de voto a senadores del estado a los hombres que tuvieran en plena propiedad fincas por valor de cien libras o más, libres de toda carga (Art. X). Evidentemente, todo esto ya pasó; la tierra es sólo una forma de riqueza. La familia importante y poderosa es aquella que controla grandes empresas, más que grandes fincas.

El Derecho de Propiedad se ocupa aún hoy de un gran número de temas. Para empezar, debemos formularnos la pregunta ¿qué significa ser «propietario» de tierras? ¿Cómo puede adquirirse un título de propiedad y cómo puede disponerse de él en legal forma? El Dere-

cho de Propiedad estudia cuestiones tales como títulos de propiedad, condominio, inscripción y registro de propiedad y problemas sobre financiación inmobiliaria, incluyendo la legislación sobre hipotecas y ejecuciones hipotecarias. También están las normas sobre la culpa civil, que prohiben utilizar las fincas en perjuicio de los vecinos, como por ejemplo, echando humos o malos olores en sus propiedades. Comprende también el Derecho de «servidumbres» y otros derechos reales más exóticos, como las cargas y garantías (especialmente aquellas que se transmiten con la propiedad); y que se refieren a los derechos que una persona puede tener sobre las tierras de su vecino; derecho a circular en coche por un pasaje particular; de cruzar andando por su cesped o de impedirle tener huéspedes fijos. No son derechos de propiedad, sino más bien «servidumbres»; restricciones o limitaciones al derecho de propiedad en favor de otra persona.

El «common law» tuvo la habilidad de dividir los derechos sobre la tierra en varios segmentos complejos llamados «derechos reales». Podían ser segmentos espaciales o temporales. Un «derecho real vitalicio» (por ejemplo, el derecho de vivir en una casa determinada hasta la muerte) es un segmento temporal; también lo es el arrendamiento por tres años de una granja o un apartamento. Los segmentos espaciales comprenden los derechos de vuelo (derecho a construir levantando encima de una finca) y los derechos de minas (el derecho de excavar debajo de una propiedad). También es conocido en nuestros días el condominio. Se puede ser propietario de un corte transversal de un edificio de treinta plantas por encima del suelo. También el «common law», diferenció ingeniosamente, las formas de propiedad en común del pacto de supervivencia y condominio, con diferencias técnicas sutiles entre ambas.

El «common law» conoció también las distintas clases de los llamados «intereses futuros». Supongamos que uno deja su casa a su hermana por mientras viva y luego a aquel de sus hijos que la sobreviva. Sus sobrinos tienen un «interés futuro»; esto es, queda aplazado a una lejana fecha el momento en que obtendrán la casa. Pero es seguro que llegará ese futuro acontecimiento y el interés futuro puede tener hoy una existencia propia y un valor económico, aún cuando la hermana viva todavía. El Derecho sobre los intereses futuros se ha desarrollado de forma muy compleja. Sus intrincaciones han conducido a generaciones de estudiantes de Derecho a una callada desesperación.

Otra rama importante y muy reciente del Derecho de propiedad es el que trata «del control del uso de la tierra». Trata de las restricciones impuestas a las personas en lo que pueden o no hacer con sus propiedades. Fue una de las consecuencias del Derecho sobre daños y perjuicios, pero las modernas limitaciones van mucho más allá. Las leyes sobre urbanismo implican una típica restricción al uso de la tierra. Las normas urbanísticas arrancan de la época de la primera guerra mundial; ahora están ya extendidas a todas las ciudades y pueblos. Si un barrio está calificado como zona residencial, no puede construirse en él ninguna fábrica ni puede instalarse ningún restaurante en propiedad. Si está calificado como zona de residencias unifamiliares uno no puede, ni siquiera, construir una casa de apartamentos o pisos de alquiler.

El Derecho de sucesiones. Este campo, el Derecho sobre sucesiones y fideicomisos, está estrechamente relacionado con el Derecho de propiedad. Es la rama del Derecho que, básicamente, estudia como pasa la propiedad de una a otra generación. A fin de cuentas, la propiedad se halla distribuida entre las distintas personas. Este hecho no se da en según que tipos de sociedad, en los que las tierras, generalmente, se poseen en común o por clases, familias o tribus. Nosotros, en cambio, procuramos gozar plenamente de la propiedad de nuestras tierras y casas, junto con el resto de nuestras pertenencias, desde el anillo y el reloj de pulsera hasta las acciones, obligaciones y el dinero que tenemos en el banco. Puesto que es ley inexorable (¡qué le vamos a hacer!) que todos muramos al fin sin llevarnos nada con nosotros (los Faraones lo intentaron, pero sin éxito), nuestras propiedades deben continuar; deben continuar de alguna forma después de nuestra muerte.

Una de las maneras de conseguirlo es haciendo testamento. El propietario puede decidir, en general, lo que quiere que se haga con sus bienes cuando muera. Este el principio de la «libertad de testar». Uno puede decidir libremente; pero debe hacerlo en una forma determinada. Si uno se olvida de hacer testamento (o no se molesta en hacerlo), muere «intestado» y el Estado distribuye sus bienes según un esquema preestablecido en las leyes. Las sucesiones intestadas pasan a los herederos legales: los parientes más próximos. Si uno deja una gran propiedad, el estado también se queda con una parte, en forma de impuestos.

El testamento es un documento formal. Debe redactarse correctamente y, en muchos estados se requiere la presencia de dos testigos. En aproximadamente la mitad de los estados, especialmente en los del Oeste y del Sur, se puede hacer testamento sin testigos: es el lla-

mado testamento ológrafo. Esta clase de testamentos deben redactarse totalmente a mano por el propio testador (la persona de cuyo testamento se trata), no permitiéndose la escritura mecanografiada. Con un testamento válido puede desheredarse a los parientes que uno quiera. Excepto en Louisiana, los padres pueden, de un simple plumazo, dejar a sus hijos sin un céntimo. Al esposo o a la esposa no se le puede dejar sin nada tan fácilmente. La viuda tiene derecho a participar de los bienes de su esposo; no es fácil desheredarla totalmente.

Los «fideicomisos» son negocios jurídicos que, en esencia, sirven para transmitir la propiedad al fiduciario (a menudo un banco) para que la invierta o administre. Los fiduciarios entregan las rentas a uno o más «beneficiarios» que permanecen totalmente pasivos; están en un segundo plano y son quienes reciben el dinero. Los fideicomisos son gratuitos; las personas de cierta fortuna los utilizan junto con las demás formas generales de disposición; son modelos para disponer, en forma ordenada, de sus propiedades. Muchos fideicomisos son «testamentarios»; esto es, forman parte del plan contenido en un testamento. Otros se constituyen mucho tiempo antes de morir; pero en general, incluso éstos, se hacen pensando en la muerte o en los impuestos sucesorios. En la Facultad y en los bufetes de los abogados, el Derecho sobre fideicomisos se estudia junto al Derecho de sucesiones; ambos son aspectos de las formas de «disponer de los bienes». Los abogados especializados en esa rama del Derecho buscan la manera mejor, más barata y más eficaz de realizar los deseos de sus clientes y, al mismo tiempo, de evitar en todo lo posible los buitres de los impuestos.

Las disposiciones sucesorias son básicamente, para gente rica. Hay muchas personas que no tienen tantos bienes como para necesitar tales conocimientos. Las personas mayores que poseen dinero o propiedades deben hacer testamento, aunque mucha gente no se preocupe de ello. En el condado de Cuyahoga, Ohio (cuya ciudad más importante es Cleveland), un estudio realizado en 1964-65 descubrió que casi una tercera parte de las sucesiones legalizadas eran intestadas[6]. El porcentaje de «abintestatos» era probablemente superior en las clases populares; los hay que al morir dejan tan poco dinero que la familia ni siquiera se preocupa de promover su sucesión.

Los estudiosos de la sociología jurídica han prestado escasa atención al Derecho de sucesiones. Es una lástima. Es una rama crucial del Derecho; tan vital para la continuidad social como el A.D.N. lo es para la continuidad de las especies. Aunque todos hemos de

morir un día, la sociedad debe reproducirse en cada generación, no sólo biológicamente, sino también social y estructuralmente. El proceso básico no tiene ningún misterio. Las normas y las estructuras sociales pasan de una generación a otra a través de la enseñanza, de la educación de los hijos y de los demás procesos que moldean a las nuevas generaciones a la usanza de las antiguas. Pero la sucesión de los bienes juega también un papel principal. Sin las leyes sucesorias no habría cosas tales como «antiguas fortunas», aristocracia o «buenas familias». Cada generación empezaría de nuevo y la estructura social resultaría profundamente alterada.

Quizá para bien, o quizá para mal. Pero la vida resultaría modificada de forma revolucionaria. Incluso los países socialistas permiten de alguna menra la sucesión de bienes. La clase media también se halla afectada por el Derecho de sucesiones. Sus preceptos permiten que el dinero fluya a través del tiempo y les explican la forma de hacerlo. Sin la sucesión no habría ni joyas de familia, ni casas solariegas, ni mandas dejadas a los nietos para los estudios, etc.

Quizás tan importantes como los derechos de sucesión sean los límites a la sucesión. Hay normas muy complejas sobre los impuestos sucesorios. Cuanto mayores son los caudales hereditarios, mayores impuestos pagan, aunque existan importantes válvulas de escape. Una de ellas es el derecho ilimitado de dar, libres de impuestos, cantidades de dinero con fines caritativos. Sin este derecho no existirían las grandes fundaciones. Hay otras normas que limitan la duración de la riqueza de las dinastías. Ningún fideicomiso puede durar a perpetuidad si no está destinado a beneficiencia. La norma limitativa recibe el nombre de Ley contra la perpetuidad.

Derecho de Familia. Es una rama del Derecho que limita con el Derecho de sucesiones. Al fin y al cabo, la mayoría de las personas dejan el dinero que tienen a sus parientes. Al Derecho de Familia pertenece el régimen económico matrimonial, incluyendo los sistemas de comunidad de bienes de California y otros estados del Oeste. ¿Cuáles son los derechos del marido y la mujer con respecto al dinero o los ingresos del cónyuge? Este campo también trata del matrimonio y el divorcio; la custodia de los hijos y sus derechos.

La estructura familiar está cambiando con rapidez y el Derecho de familia cambia con ella. El divorcio, por ejemplo, era antes raro y difícil de obtener. Realmente, a principios del siglo XIX, hubo algunos estados que no concedían en absoluto el divorcio si no era por un acto especial del legislativo. Había un estado, Carolina del Sur que, sencillamente, no admitía el divorcio. Incluso en los estados

«fáciles» el divorcio se basaba en el llamado sistema de la culpa. La persona casada que quería divorciarse tenía que acudir a un Tribunal y probar las «causas» de divorcio. Sólo la parte «inocente» podía solicitar el divorcio de su cónyuge si éste era culpable de adulterio, abandono, malos tratos, embriaguez habitual o cualquiera de las otras causas que figuraban en la Ley. Otros estados eran mucho más estrictos: el adulterio era, prácticamente hablando, la única causa de divorcio[7].

La sociedad del siglo XIX gemía y se lamentaba del creciente índice de divorcios; retrospectivamente estos índices parecen hoy ridículamente pequeños. Hemos tenido que llegar al siglo XX para que el divorcio se convirtiera en el pan nuestro de cada día. Pero durante por lo menos cien años —hasta por allá el año 1870— la mayor parte de los divorcios fueron consensuales. Esto es, no había verdadera oposición; el procedimiento delante del Tribunal era una simple formalidad, una apariencia. A menudo las causas alegadas eran simuladas. Los tribunales lo sabían, pero cerraban los ojos y dejaban que el sistema siguiera su curso. Había una fuerte y creciente demanda de divorcios mientras el estigma que comportaba la condición de divorciado perdía virulencia. En tiempos más recientes, los estados han ido adoptando, uno tras otro, el llamado divorcio no culpable. Ya no hay ninguna necesidad de probar las causas de divorcio ni, realmente, de probar nada. Todo lo que se pide, básicamente, es que haya pasado ya la luna de miel y que el matrimonio se haya roto irremediablemente. Tanto desde el punto de vista legal como social, el divorcio se ha convertido en una mera rutina. En California ni siquiera se llama divorcio; el nuevo nombre que recibe es el de «disolución del matrimonio». Divorcio fácil no significa, sin más, que los problemas del Derecho de familia sean, necesariamente, menores. De hecho, los cambios en la estructura familiar que subyacen debajo de la expansión divorcista, hacen aflorar algunos problemas a la superficie. Las disputas sobre la custodia de los hijos son, cuando menos, más frecuentes y amargas que en los tiempos del divorcio no culpable. El principio jurídico básico es el de que el interés de los hijos pasa en primer lugar, pero en el mundo moderno esto no nos lleva muy lejos. Ya no podemos aceptar, sin más, como se hacía antes, que este «interés» implique, casi siempre, que la custodia se dé a la madre. La custodia conjunta es una de las muchas fórmulas nuevas que se están experimentando para hacer frente a los problemas de los hijos de los divorciados.

El Derecho de las sociedades mercantiles. La sociedad mercantil es el tipo de empresa que hoy predomina. Es la potencia económica y el tipo de empresario que más abunda. También es el objeto principal de estudio del Derecho de sociedades. Estas sociedades pueden revestir muchas formas; pero tienen en común la responsabilidad limitada y la división de funciones entre los propietarios de las acciones y los verdaderos administradores de la compañía (salvo si los propios administradores son los propietarios de las acciones). Las sociedades son personas jurídicas. Son «personas» a los ojos de la ley y pueden, en su propio nombre, demandar y ser demandadas en juicio. La responsabilidad limitada significa que los accionistas no pueden perder más que el valor de sus acciones, por muchas deudas que, en conjunto, tenga la sociedad. En otras palabras: los accionistas no son responsables personalmente de las deudas de la sociedad.

En los tiempos de la independencia, y durante muchas generaciones después, no resultaba nada fácil fundar una sociedad. Los fundadores tenían que seguir un largo y laborioso camino. Las sociedades eran reconocidas legalmente una por una; cada reconocimiento legal se hacía mediante una ley especial aprobada por el Parlamento del estado. La mayoría de estas sociedades tenían determinadas «franquicias»; eran pequeños monopolios, con derecho a construir un puente sobre algún río en particular o una líne férrea entre ésta y aquélla ciudad. Parecía que lo procedente era ocuparse de ellas una por una. La ley era también muy estricta con las facultades de estas sociedades. No se las autorizaba a dar un solo paso más allá de lo que sus estatutos permitían de forma específica.

Hoy en día, el Derecho de Sociedades es totalmente distinto. Es, básicamente, mucho más permisivo. El que quiere constituir una sociedad rellena uno o dos formularios y paga una pequeña tasa al funcionario del estado; esto es todo. En términos generales, las sociedades pueden durar indefinidamente, pueden hacer lo que les plazca mientras no sea ilegal. Los tribunales, por lo general, respaldan las decisiones de la dirección. Desde luego existen todavía problemas complicados sobre los derechos de los accionistas y los deberes del alto personal hacia la sociedad, los acreedores y demás personas. Existe también una notable intervención federal. La Comisión de Valores y Bolsas controla la expedición de valores públicos; acciones y obligaciones ofrecidas al público. Las normas de esta comisión están encaminadas a promover una correcta divulgación de los hechos financieros para evitar toda clase de fraude de valores, muy frecuentes en otro tiempo entre los famosos negociantes y especuladores de Wall Street.

La sociedad anónima no es la única clase de sociedad mercantil. Muchos bufetes de abogados son, por ejemplo, sociedades. Los derechos y obligaciones de los socios entre sí, y con respecto a terceros, suscitan muchos problemas jurídicos. También el Derecho de «representación» está estrechamente ligado a las sociedades mercantiles. Es la rama del Derecho que trata de las relaciones entre el «principal» y sus dependientes. Si un peatón es atropellado por un camión perteneciente a la Acme Toothpick, Inc,, es más seguro es que el peatón demande a la sociedad (al «principal») aún cuando el verdadero daño lo hiciera el conductor (el «dependiente»). ¿Puede optar el peatón por demandar al conductor? Ciertamente, pero la sociedad suele tener más solvencia y ser un blanco más fácil. Además, la sociedad es responsable por los actos de sus empleados. Esta doctrina es la denominada «respondeat superior»; que el superior (principal) responda o, dicho de forma ordinaria, «que pague el dueño».

Esto está claro. Pero siempre y cuando el conductor, en aquel momento, esté trabajando para la empresa. En general este es el caso, pero puede no serlo. Supongamos que haya pedido prestado el camión para llevar a su hijo a ver un partido de beisbol. El conductor se halla en una «diversión» de su trabajo, tal y como se dice, de forma pintoresca, en lenguaje jurídico. ¿Sigue siendo responsable la empresa? En otras palabras, ¿si se contrata personal para trabajar, cuál es el alcance exacto de la responsabilidad del empresario por lo que hagan sus trabajadores? La responsabilidad por representación estudia éste y otros problemas jurídicos similares.

Derecho Público

Los estudiosos europeos del Derecho tienen muy en cuenta la distinción entre Derecho «público» y «privado». Esta distinción arranca ya del Derecho Romano Clásico. El Derecho privado se ocupaba de los derechos e intereses individuales; el Derecho público de lo que concernía al Estado romano. Desde este punto de vista, muchas de las materias que hemos tratado en este capítulo caen dentro del Derecho privado. Un caso de divorcio, por ej., sólo concierne a Smith C/ Smith, marido y mujer; la mayoría de los casos por daños y perjuicios enfrentan a una persona concreta contra otra o a una persona contra una sociedad, al igual que las disputas por tierras y títulos de propiedad. Pero cuando el gobierno inicia un proceso gigantesco para intentar desmembrar en pequeños trozos a la I.B.M. (la administración Reagan terminó por desistir del pleito) entonces se

trata, con toda seguridad, de Derecho público. Los teóricos de los sistemas del «common law» dan mucho menos importancia a la distinción entre derecho público y privado. Y, como han señalado muchos estudiosos, cuanto más pasa el tiempo, menos importancia tiene la distinción. Hay muy pocos campos hoy —suponiendo que quede alguno— que sean puramente privados. El gobierno es un socio, silencioso o ruidoso, con el que hay que contar, en mayor o menor extensión, en todos y cada uno de los campos del Derecho. El Derecho inmobiliario es esencialmente privado; pero el urbanismo es Derecho Público. El Derecho sobre daños y perjuicios es privado; pero hay docenas de leyes sobre normas de seguridad que afectan al desenvolvimiento de los pleitos entre particulares. Y así sucesivamente.

También el trabajo del abogado se desplaza cada vez más del campo privado hacia el público. He aquí, por ejemplo, los impuestos; un campo monstruosamente hinchado. El gobierno federal se gasta cientos de miles de millones de dólares cada año, al igual que los diferentes estados y ciudades en conjunto. Es preciso sacar este dinero, como sea, de los contribuyentes. Estos se agitan y se resisten. Consecuencia de ello es que el Derecho Fiscal es, en términos de esfuerzo, de dólares y del volumen de leyes y reglamentos, el campo más extenso del Derecho, cualquiera que sea la forma en que se mida. Es también un campo de un tecnicismo asustante. El Código de las rentas internas, clave de todos los millones del tío Sam, es la ley más larga y más difícil de todo el arsenal federal.

El Derecho Fiscal es uno más entre los extensos campos del Derecho Público. También forma parte de este último la ley antimonopolios, que persigue las restricciones a la libre competencia. Y también la legislación general mercantil, la de servicios públicos y la de especialidades tales como fármacos y alimentos, el Derecho marítimo y la legislación sobre naturalización e inmigración. El Derecho público comprende también la legislación concursal y la de protección de los consumidores y la mayoría de las normas y estructuras que tratan de las relaciones laborales. La progresión del Derecho público está estrechamente relacionada con el crecimiento del estado administrativo. A lo largo de este libro hemos visto ejemplos de cómo opera el Derecho Público. El Derecho Constitucional y las libertades cívicas son dos campos clave en esta amplia área y merecen un tratamiento más completo en un capítulo para ellos solos.

9

Crímenes y castigos

PARA EL PROFANO, la vertiente penal del sistema jurídico es, en muchos aspectos, la parte más genuina del Derecho Norteamericano. De hecho, cuando se habla de Derecho o sistema jurídico surge, espontáneamente en nuestra mente, el aparato de la justicia penal; la policía, las salas de audiencia, los jurados, los juicios, las prisiones y la cárcel. El drama del juicio ha fascinado a las gentes durante siglos. El crimen y la pena son noticias de primera página y el tema de cientos de obras de teatro, películas y libros. Hay una gran novela que lleva por título *«El juicio»* y otra llamada *«Crimen y Castigo»*. No hay ninguna novela interesante que se llame *Proceso antimonopolio* o *La rescisión del arrendamiento.*

La legislación penal es un sistema vasto y complejo. Es, en pocas palabras, la parte del sistema jurídico que, ante todo, define determinados comportamientos como injustos o criminales; después, toma medidas para controlar o prevenir estos comportamientos por medio de la amenaza o el castigo y, por último, si la prevención falla, trata de capturar y castigar al culpable. Todo lo que tiene de familiar este sistema en muchos aspectos, lo tiene, en otros, de oscuro y mal comprendido.

Así, para empezar, ¿qué es un delito? Cada país y en Estados Unidos, cada estado, tiene su propia lista especial. Esta lista forma parte de una ley muy elaborada que generalmente recibe el nombre de Código Penal. El Código describe las conductas ilícitas y, por tanto, criminales; también determina las penas. El gobierno federal tiene su propio código, que es muy especializado; no se ocupa de delitos ordinarios, sino sólo de los delitos contra las leyes federales,

como el fraude fiscal o el contrabando. El Distrito de Columbia tiene su propio Código Penal, muy similar al de otros estados.

Algunos delitos están en los Códigos penales de todos los estados: el asesinato, el homicidio, el atraco, el robo, la violación, el incendio. Otros son menos universales. El Código de Georgia considera delito la divulgación de secretos y la invasión de la intimidad de otra persona con actos de «esa índole»[1]. El Código de Georgia se ocupa también de la venta de escritos obscenos; del hecho de disparar armas en domingo; del uso ilícito de las cartas de crédito; de la necrofilia; de la venta de cockteles molotof y de docenas de otros delitos.

Lo que es delictivo en una comunidad no tiene porque serlo en otra. En la Unión Soviética se considera delito grave especular con divisas extranjeras. En nuestro país, por el contrario, esos mismos actos los puede realizar un negociante en divisas como parte de su actividad perfectamente respetable. Entre los mongoles de la Edad Media era delito orinar en el agua o en las cenizas. Los americanos lo encontrarían, todo lo más, absurdo, pero difícilmente delictivo. También los conceptos varían según el momento y las circunstancias. Antaño, en este país, era ilegal poseer oro. Ahora ya no lo es. Durante la segunda guerra mundial los valores y los precios estaban congelados y era delito cobrar más del máximo autorizado. En nuestros días ya no existen tales restricciones.

¿Existen actos universalmente delictivos; es decir, que todas las comunidades califiquen como delito? Sí y no. Sería difícil imaginar una comunidad que no proscribiese el asesinato; el matar injustamente a otro ser humano. Pero cada comunidad tiene su propio concepto de asesinato. No todo homicidio intencional es asesinato. El soldado puede matar legalmente en tiempo de guerra; los ciudadanos pueden matar en legítima defensa; el infanticidio es un asesinato, pero el aborto no (mucha gente piensa que debería serlo). En algunas comunidades no es asesinato el matar por venganza o para castigar a la persona que deshonra a la familia. Existen comunidades en las que no es delito matar a los niños pequeños o eliminar a los ancianos que ya han sobrepasado la edad útil.

Muchos de los delitos tipificados en el Código Penal son actos que chocan a la consciencia. El asesinato es un ejemplo típico. Pero a sociedades distintas, conciencias distintas, como se ilustra en el párrafo anterior. Y no todos los tipos del Código penal llevan la misma sanción moral. Los códigos son colecciones variopintas. Hay muchos delitos reglamentarios o económicos que son desconocidos de la

mayoría de la gente y con los que la mayoría de nosotros nunca nos toparemos, pues sólo conciernen a pequeños grupos profesionales concretos, tales como farmacéuticos, taxistas o vendedores de coches usados. Hay otros actos (como cazar el ciervo en tiempo de veda, cultivar cierta clase de amapolas, aparcar más tiempo del autorizado) bien conocidos, pero que no repugnan a la conciencia como lo hace, por ej., el asesinato. Son delitos sólo porque un estado los conceptúa como tales; el asesinato sería un delito (en cierto sentido), incluso si la ley que lo persigue dejara de existir. En otras palabras; es un crimen según el pensar y el sentir de la gente.

Los grandes crímenes, los clásicos, forman parte del código social. El profano los *reconoce* como tales. Tiene un conocimiento rudimentario de lo que constituye un asesinato, aún cuando no entienda los tecnicismos y distingos de la ley. El matar a sangre fría es asesinato, si bien pocos de entre nosotros sabríamos decir la diferencia entre asesinato de primer o de segundo grado; o lo que significa «dolo»; o qué nivel de enajenación puede eximir el autor de un homicidio.

También la pena es variable. Depende, principalmente, de la gravedad del delito. La gravedad no es inherente a la conducta delictiva; es un juicio social. En términos legales, los delitos graves reciben el nombre de crímenes y los demás el de delitos menos graves. La diferencia exacta entre ellos es una cuestión de conceptuación jurídica. En California, los crimenes son delitos que tanto pueden castigarse con la pena de muerte o con un año de prisión; todos los demás son delitos menos graves, excepto algunos actos muy leves (infracciones de tráfico o de ordenanzas) que reciben el nombre de faltas. Las faltas entrañan menor pena que los delitos y menor reproche social. Una cuestión relativa al límite horario del aparcamiento no es, por ej., un caso criminal.

Las funciones de la justicia penal

¿Para qué sirve la justicia penal? ¿Qué función cumple? Una respuesta obvia y breve es la de que es el sistema que garantiza la ley y el orden. La justicia penal sustituye a la violencia privada y a la venganza; en vez de «tomarse la justicia por su mano», la sociedad se dirige a los policías y a las personas especializadas para que hagan ese trabajo en su lugar.

Todas las sociedades tienen conductas desviacionistas; en todas las sociedades hay personas que se comportan de tal forma que las sociedades (o sus responsables) no lo pueden permitir. En las sociedades primarias no existen especialistas o agentes especializados (como la policía) para hacer respetar las normas sociales. El antropólogo E. A. Hoebel ha descrito la forma como tratan los esquimales las conductas desviacionistas. No tienen policía, ni jueces ni, evidentemente, tribunales. Pero cuando alguien se pasa de la raya, un miembro de la comunidad, más o menos autodesignado, puede castigar en nombre de la comunidad, en algún caso incluso dando muerte al «criminal»[2].

Es claro que este sistema no funcionaría en una sociedad compleja como la nuestra. La justicia penal sustrae de los ciudadanos particulares la aplicación de la violencia y la concentra en las manos del Estado. Tiene por finalidad proteger a la gran masa de ciudadanos contra los malvados y los fuertes. Asimismo declara ilegal la venganza, la «vendetta» y el linchamiento. Pero cuando el estado tiene el monopolio de la fuerza, puede usarla mal o con exceso y ser la causa de opresión y tiranía del llamado estado policía. La Historia, desgraciadamente, está llena de ejemplos de esta índole.

Proscribir la violencia privada no es el fruto de un momento; es el producto de una larga evolución —de un proceso— que aún no ha terminado. Aunque, ciertamente, ya tendría que haber pasado a la historia. Los hay que defienden una cierta dosis de venganza privada, como muestra la popular película de Charles Bronson «Death Wish». Pero los ciudadanos particulares y profanos juegan un papel cada vez menor en la justicia penal; esta función está, cada vez más, en manos oficiales, profesionales.

Así pues, la función más obvia de la justicia penal es el control de los comportamientos peligrosos; peligrosos, desde luego, según el criterio de cada sociedad en particular. Otra función suya es la de establecer y hacer cumplir un determinado código moral. La prostitución es un crimen, pero ¿por qué? No es peligrosa físicamente en la forma en que lo es el asesinato; ni tampoco, como el robo, amenaza la propiedad privada, ni desposee a la gente de los bienes y dinero tan costosamente obtenidos; ni viola la santa intimidad del hogar. Realmente hay quien piensa que la prostitución tendría que ser borrada de la lista de los delitos porque no es un peligro para la vida, la salud o la propiedad. En cambio otros, quizás la mayoría, quieren que continúe siendo, sobre el papel, un delito. La prostitución, aducen, es moralmente ofensiva y uno de los objetivos de la justicia penal es fijar y hacer respetar las reglas de moralidad. El Código penal

está lleno de delitos cuyo componente principal es el moral; ofenden a los intereses o sentimientos morales de una fracción de ciudadanos.

A la justicia penal también le concierne el orden y la disciplina. No es ni peligroso ni inmoral aparcar más tiempo del autorizado en una calle con mucho tráfico o pasarse un semáforo en rojo cuando no viene nadie. Tampoco es peligroso o inmoral cazar ciervos en tiempo de veda o pescar un pez demasiado grande o demasiado pequeño. El término *orden* implica una especie de sistema de racionamiento. No hay en nuestro alrededor ni suficientes ciervos ni bastantes peces para todos. No hay bastantes plazas de parking para todo el mundo. Necesitamos normas que eviten los abusos.

En nuestra sociedad son muchas las normas que se refieren al orden. Hay, por ejemplo, normas contra las conversaciones en voz alta en las Bibliotecas. El hablar es una actividad inocua. Si sólo hubiese una o dos personas en la Biblioteca, seguramente nadie se molestaría por su amena charla. Pero para conservar el orden debemos restringir esa inocente actividad; en otras palabras, racionarla o prohibirla del todo. El sistema jurídico provee a esta clase de orden y el sistema penal lo hace respetar. Las faltas al orden están castigadas, no tan drásticamente como los delitos más graves —la horca o la cadena perpetua estarían fuera de lugar— pero castigadas a pesar de todo.

La palabra *disciplina* se aplica a una clase especial de orden. Se disciplinan los comportamientos que violan normas de orden que tienen un matiz o tinte de inmoralidad o de peligro. Las normas sobre la embriaguez pública son un buen ejemplo de ello; durante muchos años fue el «delito» más común, el castigado con más frecuencia[3]. Delitos contra la disciplina son también las alteraciones del orden. La línea divisoria entre un comportamiento peligroso o simplemente indisciplinado está, desde luego, muy difuminada y las alteraciones del orden pueden ir desde las canciones de los borrachos callejeros hasta algo parecido a un altercado público.

Quizás todas estas funciones puedan resumirse en una sola fórmula y encajarse en una única misión. Todas tratan de conservar la estabilidad social, proteger su estructura y salvaguardar sus fronteras. El hurto es un delito y al perseguirlo se hace un servicio especial a aquellas personas que tienen bienes susceptibles de ser hurtados. La justicia penal protege el régimen de propiedad y la riqueza: es el perro guardián de la casa; el que guarda los muebles, los cuadros y la paz y felicidad de sus moradores.

Así pues, la justicia penal es vital para cualquier sistema social. Es esencial para el capitalismo del bienestar, pero también es un pilar del socialismo en Hungría o en Cuba; del estado policía de Chile, del apartheid de Africa del Sur o del fanatismo árabe en Irán y Arabia Saudí. Cualquiera que sea el sistema jurídico, la justicia penal le sirve de soporte. Ello no significa que la justicia (o el Derecho) penal sea, por naturaleza, conservadora, esto es, esencialmente enemiga del cambio. De hecho, los modelos de poder y riqueza en Estados Unidos cambian constantemente gracias, por ejemplo, a las leyes fiscales o a otras ramas de la legislación. Muchos de estos cambios son suaves, pero no por ello dejan de ser cambios. El sistema jurídico no está en contra de todo cambio, sino que, más bien, intenta controlar el proceso. Legaliza como correctos y legítimos determinados métodos para modificar la estructura y las leyes como, por ejemplo, las leyes del Congreso o las sentencias judiciales. Proscribe todos los demás: motines y revoluciones o atracos a bancos. La justicia penal es el brazo de la ley, el arma principal contra estos métodos proscritos.

En nuestro moderno estado de bienestar social, la justicia penal tiene un papel especial en la tarea de hacer cumplir las leyes sobre la economía. Muchos «delitos económicos» se contemplan no como algo regresivo y peligroso, sino más bien como actividades sujetas a las normas de la escasez y el orden. Así, en Rhode Island, constituye un delito pescar langostinos sin licencia o cogerlos de una longitud inferior a 3,16 pulgadas «medidas desde detrás de la órbita ocular y a lo largo de una línea paralela a la línea central del cuerpo del caparazón»[4]. Hay infinitos ejemplos más, tanto en leyes federales como estatales. Pero, ¿por qué hacer de estas normas técnicas parte del sistema penal? Una de las razones es la de que la justicia penal es una justicia *pública;* requiere un proceso público. El querellante es «el pueblo», «la sociedad» o «el estado»; el estado es quien pone en marcha el proceso y lo financia.

Ello hace que la justicia penal sea útil en casos en que el interés económico particular de los ciudadanos no es lo suficientemente intenso como para intentar un proceso privado. Aún suponiendo que un carnicero utilice unas balanzas trucadas y estafe a cada cliente cinco o diez centavos por libra de carne, ningún cliente le va a demandar —ni siquiera en un juzgado de pequeñas reclamaciones— por lo que pueda perder en tres libras de hamburguesas o en un filete de dos libras. Pero puesto que el utilizar balanzas trucadas constituye un delito, el estado puede perseguirlo y controlar esta infracción en beneficio de todos.

Clases de delitos

Hay varias formas convencionales de clasificar los delitos. Una de ellas consiste en preguntarse qué intereses o bienes daña el delito. De este modo distinguimos entre delitos contra las personas y delitos contra la propiedad. Los delitos contra las personas contienen un elemento de fuerza, de contacto físico: asesinato, homicidio, violación, secuestro, robo con violencia, lesiones. Los delitos contra la propiedad comprenden las varias formas de sustracciones (robo, hurto, hurto en tiendas, malversaciones) y, además, fraudes, prevaricación, falsedades, receptación e incendio, delito grave y peligroso que parece estar aumentando considerablemente en nuestras ciudades. Luego están también los delitos contra el orden público o contra la Administración de Justicia. Dentro de estos se incluyen los desórdenes públicos, el quebrantamiento de condena, los motines, la resistencia a la autoridad o el perjurio.

También hemos de mencionar los delitos contra la moral pública. Por ejemplo, el juego ilícito, la embriaguez, la prostitución y el consumo de drogas. Asimismo, en muchos estados, la ley proscribe determinadas clases de comportamiento sexual «no natural» o inmoral; incesto, sodomía, y el llamado estupro. Podemos también mencionar los delitos «contra reglamentos»; infracciones a la ley de pesas y medidas, adulteración de alimentos, monopolio ilícito, etc. El Derecho reglamentario es un árbol que crece con rapidez. Es producto del estado administrativo; de un sentimiento de interdependencia social y de un deseo de proteger la salud y seguridad públicas. También se aprecia un interés nuevo en la conservación de la naturaleza, en la belleza del paisaje y en la preservación del patrimonio nacional; de ahí las leyes contra los vertidos incontrolados, contra la caza de águilas y contra la demolición de edificios históricos. También hay reglamentos sobre carteles y demás formas de publicidad en las calles. Cada estado tiene sus propios intereses especiales que proteger. Florida, por ejemplo, con su costa tropical, tiene establecida la prohibición absoluta de coger huevos de tortuga marina y existe una ley muy compleja que protege al manatí, criatura encantadora y en peligro de extinción; el «mamífero marino oficial del estado»[5].

Dentro de los delitos graves (crímenes), los delitos contra la propiedad predominan claramente y son causa de más detenciones que los de las otras categorías. La policia de San José, en California, practicó en 1981, 6.034 detenciones por delitos graves. De ellas, 1.046 fueron por robo, mientras que los hurtos, falsedades, fraudes y receptaciones sumaron otros mil más. Hubo 1.644 detenciones por droga (de estas, 359 por marihuana). Se practicaron alrededor de 1.100 detenciones por delitos contra las personas; de ellos, 46 fueron por asesinato y homicidio y 128 por violación. Los delitos por robo con violencia (416) y lesiones graves (553) fueron mucho más significativos. Se practicaron 158 detenciones por conducir en estado de etilismo y 373 por infracciones en materia de armas. El sexo y los delitos contra las buenas costumbres, en conjunto, hicieron un triste papel, excepto los delitos por drogas. Se practicaron 57 detenciones por «perversión sexual» y por «comercio carnal ilegítimo» (estupro); 26 por conducta «impúdica y lasciva» y 4 por publicaciones obscenas.

Evidentemente, las detenciones no nos dicen cuántos delitos se denunciaron a la policía ni cuántos se cometieron en realidad. Algo podemos saber gracias a algunos estudios que parten de las «víctimas» y que consisten en preguntar a la gente si alguna vez han sido víctima de algún delito y si denunciaron o no el hecho a las autoridades. Los californianos afirmaban, en 1977, que sólo habían denunciado el 57% de las violaciones que se habían producido, el 38,6% de las lesiones, el 50,9% de los robos y el 20,8% de los hurtos familiares[6].

Las detenciones también pueden variar a causa de determinadas decisiones políticas. La policía detiene a todos los asesinos y ladrones que encuentra, pero no a todos los infractores de tráfico, jugadores o bebedores callejeros. Las detenciones por delitos contra la moral o el orden público pueden aumentar o descender más drásticamente que las detenciones por robo o asesinato. El juego ilícito está todavía castigado, pero en San José, California, en 1981, sólo se detuvo a seis personas por jugar a los prohibidos. En muchas ciudades la policía suele ignorarlo y cerrar los ojos ante el juego, la prostitución, la marihuana y algunos delitos más. Luego, de repente, un escándalo sacude la ciudad y ocupa las cabeceras de los periódicos; le siguen las severas medidas que se toman debido al clamor de los ciudadanos y el índice de detenciones por delitos sube de golpe, por una temporada.

Los delitos contra la moral o el orden público causan sensación en los registros de detenciones si tenemos en cuenta las detenciones por pequeños delitos (faltas). Por ejemplo, en 1981, en San José, hubo 22.862 detenciones por faltas. En ellas se incluían 5.952 detenciones por estar «bebido en público», 280 por prostitución, 655 por infracciones a la reglamentación de bebidas alcohólicas, 183 por exhibicionismo 389 por «comportamiento obsceno», 183 pro mendicidad y 160 por alteraciones al orden.

Casi toto el mundo acepta sin reservas que deben castigarse los delitos contra las personas y tampoco hay muchas discrepancias en lo relativo a los robos o los hurtos. Pero los delitos contra la moral ya es otra historia. Estos son mucho más sensibles a los flujos y corrientes de la opinión pública y a los cambios de clima moral. Por ello, el número de detenciones sube y baja constantemente, sobre todo en lo que concierne a las leyes que persiguen los «delitos sin víctima». Mucha gente opina que es injusto castigar determinados actos sólo porque son «inmorales». La moral «no es asunto de la ley», como decía el título de un libro de Gilbert Geis (1972). Existe un movimiento partidario de borrar de los códigos la mayor parte de estas disposiciones; de despenalizar el adulterio, el comercio carnal y las relaciones sexuales «contra natura», al menos entre adultos que consientan libremente. Otros quisieran legalizar el juego, la prostitución o el consumo de drogas como la marihuana o la cocaína. Evidentemente muchos se oponen a este movimiento en particular y a la despenalización, en general.

A veces saca a relucir la «herencia puritana» del país. Herencia que es criticada por cuanto hay gente que piensa que es una tendencia poco honesta la de entrometerse en la vida privada de los demás y castigar a las personas que han escogido un modo de vivir al margen de la mayoría. De hecho, la historia de la legislación de los delitos sin víctima no es una simple línea descendente desde el pasado colonial. Es más bien una historia con sorprendentes curvas y zig-zags.

En el siglo XVII, las colonias puritanas estaban realmente muy sensibilizadas por los delitos contra las buenas costumbres. En Massachussets Bay no había delito que se castigara con más frecuencia que la fornicación. Así, por ejemplo, leemos que en Salem, Massachussets, en 1655, el Tribunal ordenó que se dieran diez azotes a Cornelius Hulett, en día laborable y en horas hábiles, por haber fornicado con Elisabeth Due[7]. Eran comunidades pequeñas y chismosas. Los clérigos ocupaban un lugar principal y, en general, el Derecho no hacía grandes diferencias entre el pecado y el delito. Hulett fue sólo uno más entre los cientos que fueron azotados, multados, condenados a grilletes u obligados a casarse a causa del «delito» de fornicación.

Si nos vamos de un salto al siglo XIX, la imagen es bien distinta. Las leyes contra la fornicación y el adulterio estaban aún en los códigos, pero no parecía haber muchas ganas de aplicarlas. En algunos estados estos delitos fueron objeto de modificaciones legislativas; por ejemplo, en Indiana el adulterio era ilegal sólo si resultaba «público y notorio». En otras palabras; no se podía castigar el adulterio salvo si los mismos adúlteros lo proclamaban en público. Los pecados ocultos importaban mucho menos desde el punto de vista legal. Se toleraba el vicio si no salía de su escondrijo. Había barrios de luces rojas en todas las grandes ciudades americanas. En ellas, la prostitución era ilegal, pero estaba «tacitamente tolerada» mientras permaneciera en sus propios barrios. A pesar de algunos arrebatos esporádicos de moralidad y algunos disturbios ocasionales, el burdel era algo que «formaba parte de la vida social casi tanto como un salón de cocktail en nuestros días»[8].

La situación cambió de forma más bien radical desde finales del siglo XIX. Apareció un interés renovado en prohibir y perseguir los delitos sin víctimas. El Congreso, en 1873, promulgó la llamada ley Comstock que declaraba delito federal el envío por correo de cualquier libro «obsceno, impúdico o lascivo» o «cualquier aparato o artículo... contraceptivo». En 1895, el Congreso prohibió la venta de billetes de lotería de un estado a otro. En 1907 Arkansas promulgó una ley que declaraba delito el elaborar, vender o distribuir «toda clase de cigarrillos, librillos o papel de fumar a cualquier persona»[9].

Y aquí no acabó todo. La famosa ley Mann[10] declaraba delito federal el transportar, más allá de las fronteras del estado, a cualquier mujer «con fines disolutos o de prostitución o con cualquier otro propósito inmoral». La ley Harrison[11] declaró ilegal comprar o vender narcóticos, excepto si se hacia bajo prescripción médica. Prácticamente hablando, esta ley, declaro ilegal, por primera vez, la drogadicción. El apogeo del movimiento puritano se produjo justo después de la primera guerra mundial: la decimo-octava Enmienda a la Constitución (1919) proclamó el «noble empeño» de la Prohibición. Era el punto final de una larga lucha por la abolición de las bebidas alcohólicas. El Congreso entregó la Enmienda a los estados en noviembre de 1917; Nebraska, el estado número treinta y siete, la ratificó en enero de 1919 y fue la gota que colmó el vaso. De hecho, la Prohibición Nacional empezó en enero de 1920. La Enmienda decimo-octava y las leyes que la desarrollaban establecían la total prohibición de «elaborar, vender o transportar bebidas alcohólicas» en los Estados Unidos. El Congreso aprobó una ley (la ley Volstead, de 1919) que desarrollaba las medidas para hacer cumplir la prohibición[12].

Una cosa es, desde luego, promulgar una ley y otra muy distin-

ta, hacerla respetar. Los problemas de la prohibición son legendarios y la mayoría de los historiadores consideran que fue un triste fracaso. Ciertamente, no terminó con el alcohol y su verdadero impacto fue muy discutible. Provocó, sin duda, corrupciones y escándalos. Después de más de una década de suplicios, el país se deshizo de ella a través de la Enmienda treinta y uno (1933). Otro fracaso (a largo plazo) fue el movimiento encaminado a poner fin a la prostitución, que floreció en tiempos de la primera guerra mundial. Fue una campaña de reformadores y moralistas para terminar con el vicio y la prostitución de una vez para siempre. Se aprobaron leyes nuevas y más duras y un ejército de personas virtuosas consiguieron cerrar, por lo menos temporalmente, la Costa Barbary, en San Francisco; Storyville, en Nueva Orleans y otras conocidas zonas del vicio (se había encontrado, al fin, la forma de hacer retroceder al pecado).

Este movimiento acababa justo su ciclo cuando, en 1930, surgió una reacción. Ahora el péndulo se había ido al otro extremo. Son muchos los estados que han dejado de considerar delito la fornicación y el adulterio. Son pocos los estados que no hayan abandonado la lucha contra la marihuana. También ha prosperado el movimiento gay. Algunos estados han dejado de castigar los actos de homosexualidad entre adultos que consienten. Sigue la lucha para su posible legalización, pero la oposición es también fuerte y está muy motivada.

No se ve con claridad lo que se pueda esconder detrás de estos movimientos y sus reacciones. Suelen empezar en el mundo misterioso y oscuro de ciertas tomas de posición de la sociedad. Si supiéramos lo que desencadenó la «revolución sexual» podríamos también entender mejor la reacción legal. Una cosa está clara: no podemos acusar de nuestro retraso (suponiendo que se trate de esto) ni a nuestra historia ni a la herencia puritana. Tampoco podemos achacar al Derecho los conflictos de hoy en día, las discusiones públicas y los debates. Muchos piensan que las leyes más permisivas sobre el comportamiento de las personas son extremadamente peligrosas para la sociedad. Puede ser o no verdad. Pero aún si así fuese, sería de nuevo un error achacárselo a las leyes. El sistema jurídico juega un cierto papel, pero sólo de forma mediata. Las leyes son las víctimas, no la causa de la enfermedad. Las leyes obedecen a los movimientos sociales, a las corrientes que vienen y van, a los ritmos ocultos y a las grandes fuerzas que subyacen fuera del sistema mismo.

El proceso penal

Hasta aquí hemos hablado, principalmente, de las leyes tal y como aparecen en los textos. Vayamos ahora al proceso penal dando una pincelada al ciclo vital de un típico caso criminal en California[13]. Naturalmente, debemos empezar por el delito mismo, digamos, un robo. Alguien entra en una casa en Atherton, California, y roba joyas, plata y aparatos de alta fidelidad. Los moradores de la casa, a su regreso, comprueban horrorizados que alguien ha estado en ella. Llaman a la policía.

Demasiado a menudo, por desgracia, éste es el fin de la historia. La mayor parte de estos robos no se descubren jamás; no se practican detenciones; los bienes robados no se recuperan. Disponemos de los datos que proporciona Nueva York sobre esta cuestión. En 1971, se denunciaron a la policía por los perjudicados 501.951 delitos graves. En cuatro de cada cinco casos la cosa terminó aquí. La policía practicó 100.739 detenciones. Algunos de los detenidos fueron acusados de más de un delito. Sin embargo, la policía pudo descubrir —y detener sospechosos— en 111.824 casos de un total de medio millón de delitos graves[14].

Ahora supongamos que los dueños de la casa robada son de los pocos afortunados que consiguen que se detenga al ladrón. La policía toma notas, investiga y he aquí que, en un momento dado, encuentra a un sospechoso y lo detiene. Luego la policía procede a hacer el atestado; esto es, a registrar la inculpación, fotografiarlo y tomar sus huellas dactilares. Después lo lleva delante del juez que le lee sus derechos. El juez puede también decretar una fianza y puede nombrar a un «defensor de oficio» que actuará como abogado del inculpado. A veces, el inculpado, si tiene dinero, elige al abogado que desea.

El siguiente paso lo da la oficina del Fiscal del Distrito. Sus funcionarios tendrán que decidir si el caso está lo bastante a punto para actuar. ¿Hay pruebas bastantes para que valga la pena presentar la acusación? Si no es así hay que abandonar el caso. Supongamos ahora que el Fiscal del Distrito piensa que puede obtener una condena. Antes de que pueda llevar el caso a juicio tendrá que superar un obstáculo más importante aún. Es el «interrogatorio preliminar».

El interrogatorio preliminar es una especie de antejuicio. Empieza cuando el Fiscal presenta una acusación; esto es, una imputación formal. Este procedimiento se celebra también ante un «magistrado»; normalmente ante un juez municipal o del tribunal de

policía. No hay jurado. El juez oye lo que tenga que decir el fiscal. No se trata de decidir si el acusado es o no realmente culpable. Tiene tres opciones; si estima que la acusación no puede sostenerse, puede sobreseer el caso y dejar al acusado en libertad; puede declarar que el caso podría constituir una falta o puede estimar que el estado tiene un caso suficientemente fundado y que merece la pena ir a un juicio plenario. Para ello el proceso debe transferirse a otro tribunal: el tribunal de delitos graves. En California recibe el nombre de Tribunal Superior.

Son muchos los estados que utilizan el método «acusatorio». La criba se hace por medio de un gran jurado. Este gran jurado se compone de legos en Derecho que se eligen al azar, como los miembros del jurado ordinario. El número de jurados varía. En Texas, la ley exige no menos de quince o más de veinte[15]. Los miembros del gran jurado prestan servicio por un tiempo limitado. La acusación expone al gran jurado su «material» y solicita el «procesamiento» del imputado. El gran jurado decide si debe o no procesar. Si dicta procesamiento los autos seguirán adelante hacia el juicio oral. Este método alternativo figura también en los códigos californianos, pero el acusatorio es el método más común y, con mucho, el preferido.

El caso del detenido terminará, en definitiva, sentenciado por el Tribunal Superior. Evidentemente el juez, también aquí, puede sobreseer el caso, ya de oficio o ya porque la acusación no desea presentar cargos. El acusado puede declararse culpable y terminar así el caso. Su abogado puede presentar algún «incidente» o artículo de Derecho. Puede, por ejemplo, presentar un incidente para que no se tenga en cuenta determinada prueba por haber sido obtenida por el estado de forma contraria a Derecho. La Petición, normalmente, es desestimada: Con la ley de California sobre los derechos de los perjudicados, promulgada en 1982, dicha petición se desestima aún con más frecuencia que antes.

La mayoría de los casos por delitos graves no llegan tan lejos. De hecho, sólo unos cuantos llegan al juicio oral. Los demás se quedan por el camino. Y, sin embargo, el juicio oral es la forma más conocida y emocionante de decidir sobre la inocencia o culpabilidad de una persona. No todos los juicios orales se celebran con jurado. El acusado puede renunciar a su derecho a ser juzgado por jurado. En este caso será el juez quien juzgue por sí mismo. Esa modalidad recibe el nombre de juicio ante Tribunal. Si el acusado no escoge ese camino, el Tribunal procede a nombrar un jurado.

Normalmente, el jurado se compone de doce personas, hombres

y mujeres, elegidos de entre la comunidad. Deben ser completamente imparciales. Los abogados de las partes pueden interrogar a los candidatos a jurado y pueden «recusar» —eso es, pedir que no sean elegidos— a aquellos que, por alguna razón, no se desea que formen parte de él. Se puede recusar también a un número determinado de candidatos de forma «discrecional», es decir, sin motivo legal alguno. Puede ocurrir que el abogado del acusado tenga el presentimiento de que aquel señor de cara avinagrada y de taimado aspecto sería fatal para su cliente; puede prescindir de él por recusación discrecional. En Minessota, por ejemplo, el procesado acusado de un delito que lleve aparejada «reclusión de por vida», tiene derecho a quince recusaciones de esa clase: el estado tiene derecho a nueve. En todos los demás casos, el procesado puede hacer uso de cinco recusaciones y el estado de tres[16].

Una vez elegido el jurado, empieza el juicio oral. Cada parte presenta sus alegaciones, normalmente por medio de un abogado. Se efectúan interrogatorios cruzados con los testigos de una y otra parte. El juez vela para que el juicio se desarrolle correctamente y sin incidentes. Dicta resoluciones sobre puntos de Derecho y decide todas las cuestiones que surgen en materia de prueba. Imaginemos un policía, por ejemplo, que desee prestar declaración sobre algo que oyó decir a un testigo. Si el acusado se opone alegando que tal testigo es sólo «de referencia» el juez tendrá que resolver cuál de las dos partes lleva razón.

Al final del proceso, el juez «instruye» al jurado. Esto es; lee las normas legales que deben guiar al jurado para alcanzar el veredicto. Desgraciadamente, tales explicaciones no suelen instruir muy bien. En el pasado —por ejemplo, en el siglo XIX— los jueces daban al jurado amplias explicaciones sobre el Derecho más relevante para el caso en cuestión.

Hoy en día, los jueces se limitan a destapar delante del jurado una amalgama de fórmulas envasadas, estereotipadas y plagadas de oscuros legalismos. Desde el punto de vista jurídico, estas instrucciones son muy precisas; más dudoso es si los jurados pueden o no penetrar en su significado. Es muy curioso constatar que, en muchos estados, el juez se niega a dar ulteriores explicaciones cuando el jurado se lo pida y suplique[17].

De todas maneras la responsabilidad del caso pasa, por fin, al jurado y, por vez primera, sus miembros son dueños del cuadro de mandos. Se retiran de la Sala de Audiencias y deliberan en privado. En general el veredicto tiene que ser por unanimidad. A veces el

jurado «se atasca», esto es, sus miembros no se ponen de acuerdo. Cuando esto sucede la acusación tiene que empezar de nuevo otro juicio oral o abandonar definitivamente la acusación. En un importante estudio de Kalven y Zeisel sobre el comportamiento del jurado, se pudo determinar que los jurados, en conjunto, se atascaban en un 5% de los casos. Absolvían, aproximadamente, a un tercio de los acusados y condenaban a los restantes[18].

La forma de actúar del jurado para llegar a una decisión es, en gran parte, desconocida. Algunos jurados se han prestado a explicar lo que había sucedido en la sala de deliberación. Los sociólogos han estudiado el proceso con diversas técnicas, inclusive con la utilización de jurados experimentales a los que se han dado casos hipotéticos para resolver. Se producen obvios inconvenientes en las investigaciones cuando se utilizan casos simulados. Pero tienen una importante ventaja; los investigadores pueden considerar las variables una por una con fines científicos. Ello no es posible con la amalgama de materiales de la vida real.

Algunos de los resultados de las investigaciones presentan un interés extraordinario. Si un sólo miembro del jurado se mantiene firme a favor de la condena o la abstención, el jurado no logra salir del impasse. El único disidente —la «minoría de uno sólo»— tiene un papel «solitario y poco atractivo». Los once restantes están casi seguros de convencerlo para que se pase a su lado. El apoyo de incluso uno sólo de los otros miembros representa mucho para el mantenimiento de la opinión disidente[19].

En términos legales, la fuerza del jurado es evidente. Si encuentra al acusado inocente, éste es puesto en libertad. El fallo del jurado es definitivo. Da igual si parece injusto o arbitrario; no hay apelación. Si el jurado condena, el juez fija la fecha para dictar sentencia. El acusado condenado puede intentar también apelar en base a error cometido en el juicio. En general, «error» significa error de derecho; no basta decir que el jurado se equivocó o dejó de hacer justicia. El Tribunal de Apelación no vuelve a juzgar el caso ni falla de nuevo los puntos de hecho.

Cuanto más grave es el caso, más probable es que el acusado apele. Prácticamente todo sentenciado a muerte apela; en algunos estados esta apelación es automática. Pero en conjunto, sólo una pequeña minoría de acusados condenados acude al Tribunal Superior. Los demás se conforman y aceptan la pena impuesta.

La confesión de culpabilidad y los convenios para obtenerla

Es curioso pero el juicio oral, tal como lo hemos descrito más arriba y como lo conoce la gente, no es la forma normal de decidir la suerte del acusado. La mayoría de hombres y mujeres que se hallan entre barrotes no es porque un jurado les haya mandado allí. Llegaron allí porque se declararon culpables. En ciertas partes del país, más del 90% del conjunto de condenas se consiguen de esa forma.

¿Qué es lo que sucede? ¿Por qué se confiesan culpables los acusados? Alguna vez se confiesan culpables por vergüenza, remordimiento o porque su situación es desesperada. Pero en la gran mayoría de casos la confesión de culpabilidad forma parte de un «trato», de una práctica llamada «confesión convenida» o «confesión obtenida». La acusación se aviene a pedir una sentencia más benigna o a abandonar alguno de los cargos o a dar alguna otra ventaja al acusado y ello a cambio de que se declare culpable, lo que evita tener que ir al juicio oral con jurado. Las confesiones convenidas han postergado al juicio oral con jurado a un apartado rincón del proceso penal. Los grandes casos —los que merecen los grandes titulares— se llevan todavía ante el jurado, como por ejemplo el juicio de Patricia Hearst o el de John Hinckley, que intentó matar al Presidente Reagan. No es probable que los casos corrientes, como nuestro ejemplo de robo en una vivienda, vayan ante un jurado. Así, el papel del jurado ha ido disminuyendo sin cesar en el transcurso de los años.

Las confesiones convenidas son motivo de polémicas. Hay personas que las defienden. De todas maneras, dicen, la mayoría de los detenidos son culpables. ¿Por qué preocuparse en hacer un juicio? ¿Por qué gastar el dinero del contribuyente? Las confesiones convevidas son un compromiso; ambos lados ceden un poco y obtienen algo. Los juicios necesitan tiempo y siempre puede haber algún fallo. Es mejor (para ambas partes) evitarlos.

Por otro lado, hay un número creciente de personas que creen que los acuerdos para una declaración de culpabilidad son una vergüenza. Los miembros de «ley y orden» piensan que se muestra demasiada blandura hacia los acusados. Los criminales peligrosos «negocian una condena» y escapan por entre las redes. Otros alegan que el sistema es injusto con los inocentes. En cierto trabajo se decía que una tercera parte de las personas que se confesaban culpables hubiesen sido absueltas en un juicio[20].

Es una conclusión alarmante. Pero ello no significa que esas

personas fuesen, de hecho, inocentes del delito; sino que tenían una excusa legal o que la prueba era débil. En cualquier caso, los acuerdos sobre la confesión de culpabilidad (y por ahí van las críticas) convierten el proceso penal en una burla. Ciertamente, no cuadra con nuestra imagen del «debido proceso» o con la institución del sistema contradictorio. Como ha dicho Herbert Jacob, en el sistema penal de hoy en día «las decisiones más importantes se toman, en general, en privado, ya sea en la oficina del Fiscal o en el despacho del Juez»[21]. La justicia consiste, principalmente, en las negociaciones de los abogados en los despachos y pasillos del Palacio de Justicia.

No debe sorprendernos, por tanto, que de todas partes lleguen peticiones de reforma. Algunos fiscales han intentado poner fin a estas confesiones convenidas. En el Condado de Wayne, Michigan, el Fiscal ordenó a sus subordinados que no negociaran en ningún caso en que el acusado hubiese usado un arma. En 1975, el Fiscal General de Alaska prohibió absolutamente la práctica de ese tipo de convenios. Los electores de California, en una propuesta del año 1982 (la Proposición octava) adoptaron una «ley de los derechos de la víctima» que, entre otras cosas, restringía el uso de las confesiones convenidas. También se propuso que esas negociaciones saliesen del baúl de los secretos; que se hiciesen más abiertamente, con la intervención del juez en todo momento[22]. Es de esperar que en el futuro surjan más reformas y propuestas de reforma. Pero, ¿funcionan de hecho las reformas? Milton Heumann y Colin Loftin analizaron los resultados del experimento del Condado de Wayne. ¿Bajaron realmente en Detroit las confesiones convenidas? La respuesta es «más o menos». Este tipo de negociaciones, en sentido estricto, descendieron. Pero «entraron en juego otros mecanismos», según ellos «funcionalmente equivalentes» a las negociaciones de culpabilidad. Por medio de una «mezcla de técnicas», el sistema «consiguió asimilar» las nuevas directrices sin cambiar, básicamente, sus procedimientos[23].

¿Cómo ocurrió? ¿Y por qué otra vez volvemos a tener de forma destacada confesiones convenidas? Para muchos la respuesta es simple. Consideran que las confesiones convenidas constituyen una reciente innovación y una respuesta a la situación de enorme atasco en los tribunales metropolitanos.

De hecho nunca hubo una edad de oro del juicio oral, entero e imparcial. Es cierto que entre los años 1800 a 1850 la mayor parte de los procesados acusados de delitos graves tuvieron jurado. Pero los juicios eran breves, rutinarios, decididos de antemano. Sobre esta

materia, las investigaciones históricas son escasas pero concordantes. John Langbein halló este tipo de juicios en la Inglaterra ochocentista; lo confirma otro estudio que también investigó un poco los registros del Condado de Leon, Florida, de finales del siglo XIX (Tallhahassee es la sede del Condado). Allí, el juicio medio duraba treinta minutos. Los casos desfilaban ante el jurado uno tras otro. Eran pocos los acusados que tenían abogado. La justicia era rápida y expeditiva[24].

En otras palabras, no fueron las negociaciones y las confesiones convenidas las que iniciaron la práctica de procesos rápidos y rutinarios. Estas confesiones convenidas implican un cambio de estilo y de lugar. La justicia rápida y tosca se ha desplazado desde la sala del juzgado a los pasillos del Palacio de Justicia, a los despachos de los jueces y a los bufetes de los abogados.

Las confesiones convenidas propiamente dichas empezaron hace un siglo o más. Según las investigaciones, se practicaban ya en el Condado de Alameda, California, en 1880[25]. Los jueces del Condado debatían la forma de dar «crédito» a las confesiones convenidas. No estaban tan extendidas como ahora —ni de lejos— pero en modo alguno podían considerarse esporádicas.

También en Inglaterra se utilizan, al parecer, las confesiones convenidas, pero en los demás sistemas jurídicos del continente europeo no existe nada equivalente. Las confesiones convenidas se explican por una característica primordial de nuestro sistema: la confesión de culpabilidad como defensa. En algunos sistemas jurídicos no existe tal defensa. El acusado puede, desde luego, confesar su delito y la confesión es una prueba muy fuerte de su culpabilidad, pero, al menos en teoría, la acusación debe aún probar los hechos. Nuestro sistema es distinto. La confesión de culpabilidad es aceptada como verdad; excepto en casos muy raros, pone fin al proceso. Una vez el acusado confiesa su culpabilidad termina el juicio. Ya no falta nada, excepto la sentencia.

También la confesión de culpabilidad como defensa arranca de muy antiguo. En 1839, en el estado de Nueva York, uno de cada cuatro procesos penales terminó con una confesión de culpa. Hacia mediados de siglo, esas confesiones se dieron en la mitad de los procesos. En el Condado de Alameda, en la década de 1900-1910, uno de cada tres acusados por delitos graves se confesó culpable. En la década de 1920, las confesiones como forma de defensa ascendieron al 88% de las condenas en la ciudad de Nueva York; al 85% en Chicago, al 70% Dallas y al 79% en Des Moines, Iowa[25]. Desde entonces siem-

pre han predominado. En resumen, desde comienzos del siglo XIX, podemos observar un firme y marcado declive de los juicios con jurado.

La profesionalización de la justicia penal

¿Por qué está en decadencia el juicio por jurado? En parte es sólo un aspecto de una tendencia más amplia a largo plazo; la profesionalización de la justicia penal. Si pudieramos retroceder doscientos años y observar la justicia penal de la época, nos quedaríamos asombrados de ver que estaba en manos de una mayoría de profanos, de amateurs. En Inglaterra no había acusador público. Si alguien robaba en una tienda, era el propio tendero quien tenía que llevar la acusación. No había nada parecido al moderno Fiscal del Distrito. Si el tendero no hacía nada, el caso, simplemente, se desvanecía. Tampoco había abogados defensores, y evidentemente, el jurado se componía de legos en Derecho.

Contrariamente a Inglaterra, en los Estados Unidos, desde los tiempos coloniales, ya había acusador público: el fiscal del Distrito. Pero incluso éste era, normalmente, un trabajo a tiempo parcial, de modo que la acusación privada fue muy usual hasta bien entrado el siglo XIX. La técnica policial, tal como la conocemos, no existía en los tiempos coloniales ni en los primeros años de la república. Realmente tampoco existía la policía. Las primeras fuerzas de policía, en sentido moderno, se establecieron en Londres, Inglaterra, en 1829. La ciudad de Nueva York contó con las primeras fuerzas de policía hacia 1845. Aún así, el agente de policía de Nueva York era «fundamentalmente un amateur... algo más que un ciudadano ordinario con una delegación de poder público»[27]. No fue hasta el siglo XX cuando las fuerzas de policía se convirtieron en autenticamente profesionales; esto es, con preparación específica para su trabajo[28].

Hoy en día el sistema está lleno de profesionales: defensor público, funcionarios de la libertad vigilada, asistentes sociales, detectives. La justicia penal utiliza la «ciencia» en el sentido más amplio de la palabra: expertos en balística, médicos trabajando para la oficina del funcionario encargado de investigar las causas de la muerte en circunstancias sospechosas*; expertos en huellas dactilares, etc. En resumen, el centro de gravedad se ha desplazado radicalmente desde un sistema controlado por profanos a un sistema dominado por expertos de todas clases. El declive del jurado (y también del gran jurado) forma parte de esa evolución general. Así pues, la negociación de confesiones convenidas es simplemente la versión moderna y profesional de los procesos rutinarios. En esencia es el mismo sistema que el de los juicios rudimentarios del Condado de León, Florida, del siglo XIX, pero con una gestión moderna y profesional.

*Es el «coroner» en el original: N. T.

La pena y el castigo

La condena del juez o del jurado no es, desde luego, el final de la historia. Ahora, el acusado tiene que pechar con la sentencia. Para el acusado, esta fase del proceso es, en muchos aspectos, más importante que lo que haya podido suceder antes. Después de todo, la mayoría de los acusados consienten en confesarse culpables como medio de defensa. Su única pregunta es: ¿Cuál será la pena?

La ley, en términos generales, otorga al juez amplias facultades y poder discrecional. Tiene muchas opciones y un amplio abanico en donde escoger. Algunos penados tendrán que pagar una multa y otros obtendrán la «libertad vigilada»*; una especie de libertad condicional. Ello es especialmente cierto para los que delinquen por primera vez. De hecho, sólo una minoría irá a la cárcel o a la penitenciaría. De un estudio relativo a la ciudad de Nueva York que abarca el año 1971, resulta que la mitad de los que se confesaron culpables y un tercio de los condenados en juicio «salieron libres del palacio de justicia, sin haber sido condenados a penas de prisión o reclusión»[29].

Solemos pensar que la prisión o la cárcel es la pena básica para los delitos graves. Sin embargo, antes del siglo XIX, la pena de prisión se utilizaba pocas veces como castigo a los delincuentes. La cárcel era para los que no podían pagar sus deudas o para los que esperaban ser juzgados sin haber obtenido la libertad bajo fianza por la razón que fuera. En el Massachussetts colonial, los delincuentes eran azotados, multados, castigados con el cepo, marcados con un hierro ardiente y, en algunos casos especialmente graves, desterrados o colgados. Eso también vale para Inglaterra. La metrópoli, más severa, utilizaba más la horca y también «trasladaba» ciertos penados a las colonias, principalmente a Australia. La prisión o penitenciaría moderna fue un invento del siglo XIX (suponiendo que invento sea la palabra adecuada). Los Estados Unidos figuran entre los pioneros.

*«probation», en el original (N. T.).

Un ejemplo precoz lo constituye la «casa penitenciaria» en la prisión de Walnut Street, en Filadelfia, con dieciséis pequeñas celdas individuales. Las penitenciarías típicas de este período —primer tercio del siglo diecinueve— son Cherry Hill, en Filadelfia y Auburn y Sing Sing, en el estado de Nueva York. Son estructuras enormes e impresionantes con gruesos muros exteriores y celdas resistentes con barrotes de hierro.

En estos severos penales los condenados se alojaban uno en cada celda. Vivían en un mundo de total aislamiento y silencio, roto solamente por el duro trabajo. Durante todo el período de cárcel —que podía durar años— no debían pronunciar ni una sola palabra. La vida en esa silenciosa tumba estaba completamente reglamentada: cada día era exactamente igual al anterior; cada prisionero se levantaba a la misma hora que los demás y se acostaba a la misma hora; llevaba el mismo uniforme y comía lo mismo. En teoría, era una especie de cirugía radical que pretendía aislar al prisionero de forma total de la corrupción y podredumbre de la sociedad. La férrea disciplina carcelaria pretendía dar una oportunidad al penado para arrepentirse y adquirir nuevos hábitos de vida[30].

El sistema penitenciario, en su forma clásica, no duró mucho tiempo. La «gran casa» continuó existiendo, en términos arquitectónicos; podemos reconocerla claramente en docenas de películas carcelarias de Hollywood y en museos vivientes tales como San Quintín. Hacia los años de la guerra civil hubo claros signos de que el sistema «silencioso» tendría que ser abandonado. Entre otras cosas porque no funcionaría salvo si los penados se alojaran uno en cada celda. Pero esto era caro y los Parlamentos eran excesivamente tacaños.

Cuando desapareció el sistema del silencio, también se acabó la teoría según la cual el aislamiento, la militarización y el trabajo duro harían desaparecer los hábitos criminales. A finales del siglo diecinueve, se adoptaron nuevos esquemas de reforma: la libertad bajo palabra, la libertad vigilada, la sentencia indeterminada.

Estaban inspirados en una división de los penados en dos calses; los irremediablemente incorregibles y los que podían ser recuperados, seleccionando los que tenían solución. Nueva York empezó a intentarlo con la sentencia indeterminada en la década de 1870. En su forma evolucionada, descansaba en una idea muy simple: el juez ya no dictaría una sentencia rígida para el penado. Impondría, más bien, un mínimo (un año, por lo general). En la prisión se observaría cuidadosamente al penado, en cierto modo dándole notas y grados, como a un estudiante. Si se comportaba y mostraba el carácter adecuado obtendría una sentencia benigna y una pronta libertad. Si no, se pudriría en la cárcel. Según esta teoría, cierto tipo de personas no serían nunca puestas en libertad. Porque ello sería tan insensato como dejar sueltas «a personas que padecieran la lepra»[31].

La sentencia indeterminada se extendió rápidamente. Con ella iba el sistema de la libertad bajo palabra: un plan consistente en dejar lo antes posible en libertad vigilada a los penados que se comprometiesen a comportarse bien. La libertad vigilada fue otra de las reformas. Daba la oportunidad a los delincuentes (especialmente a los que habían delinquido por primera vez) de librarse totalmente de la cárcel. La «probation» era también (al menos en teoría) una especie de libertad vigilada. Estaba colocada a un extremo de la cuerda tensa; un falso movimiento y la justicia penal daba un tirón al otro extremo. El penado aterrizaba de nuevo en la cárcel. Todavía hubo otra innovación; un Tribunal especial para jóvenes. El auténtico primer tribunal de los de esta clase fue creado para el Condado de Cook, Illinois, en 1899. Hacia 1945 todos los estados tenían tribunales para jóvenes.

Estas reformas tenían una característica común, estaban bastante profesionalizadas. Se otorgaba también un gran poder discrecional a los organismos encargados de la libertad bajo palabra, a los jueces de los tribunales de jóvenes y a los funcionarios de la libertad vigilada. Además, estas reformas ponían más el acento en el delincuente que en el delito. Las decisiones eran altamente subjetivas y variaban en cada caso y cada penado. Los funcionarios de la libertad vigilada, por ejemplo, no estaban atados por las rígidas reglas legales sobre la prueba. Estaban autorizados a investigar todo el pasado y el carácter del penado. Los primeros informes sobre la libertad vigilada en California muestran, de manera gráfica, las clases de pruebas que recogían los funcionarios. Leemos, por ejemplo, en un caso de 1907, que un muchacho de dieciséis años fumaba alrededor de diez cigarrillos al día, se masturbaba, había estado tres veces en una casa de prostitución y leía revistas, pero no tenía carnet de la Biblioteca. Toda esta información era, legalmente, irrelevante, pero podía significar la diferencia entre la libertad y los barrotes.

Sin embargo, la libertad vigilada *fue* en verdad, una reforma; un paso hacia la indulgencia. En la práctica puede resultar injusta y arbitraria. Mantenía, en cambio, fuera de la prisión a algunas personas, salvando sus vidas o sus almas. En los últimos años ha aparecido un movimiento de reacción contra la libertad vigilada, por ser, en

parte, tan subjetiva y discrecional. También se han criticado las decisiones de los órganos para la concesión de la libertad bajo palabra, por ser demasiado personales y arbitrarias para la Administración de Justicia y el debido proceso.

La oposición procedente del lado de la ley y el orden ha sido más importante todavía. El desmesurado índice delictivo asusta e irrita a la gente, como es lógico. El miedo al crimen centra su atención en aquellas partes del sistema que pueden ser tildadas (aunque injustamente) de «mimar a los delincuentes». La sentencia indeterminada se basaba en una especie de fe en la rehabilitación. *Algunos* penados, al menos, se beneficiarían de la prisión; la experiencia carcelaria los reformaría. Con razón o sin ella ya casi nadie lo cree.

Ahora, lo que se pide, son medidas más duras. Esto significa sentencias largas y contundentes. Entre otros estados, California, se ha librado ya de la sentencia indeterminada. También se lanza el ataque contra la libertad bajo palabra. Maine ha suprimido su oficina para la concesión de la libertad bajo palabra, y también, de hecho, Illinois. Ciertos estados han intentado aplicar sentencias determinadas a ciertos delitos, aduciendo, por ejemplo, que los delincuentes que utilicen armas, deben ir a la cárcel. Al igual que los planes para abolir las negociaciones sobre la confesión convenida, estos cambios legales nunca funcionan del todo tal como se espera o programa. Todavía es demasiado pronto para decir que eficacia tendrán las sentencias invariables en estados tales como California. Ello no obstante, es dudoso que afecten, ni aún ligeramente, al índice delictivo.

Clase, raza, poder y justicia penal

El sistema de la justicia penal es aquel en el que más abiertamente la ley nos muestra sus garras. En él encontramos la porra de los policías, los barrotes del hierro de San Quintín, la cámara de gas; aquí están los edificios carcelarios y el pelotón antidisturbios. El ejército de la autoridad civil es la policía. La policía dispone de gases lacrimógenos y de armas. Son los enemigos del delito, pero también cabe que utilicen su fuerza contra los débiles y los pobres. Desgraciadamente la Historia nos enseña que la sociedad puede utilizar, y utiliza, el poder con fines inconfesables. No hay nada más real en muchos lugares del planeta que el estado-policía.

¿Qué es lo que pasa en los Estados Unidos? La justicia penal, ¿trata correctamente a la gente? ¿Cae con más fuerza sobre el pobre y el débil? ¿O sobre los negros y las otras minorías? ¿O sobre las mujeres en comparación con los hombres? Se han llevado a cabo muchas investigaciones para intentar contestar científicamente a esas preguntas. Como ya dijimos en el Cap. IV, los resultados son asombrosamente imprecisos, especialmente en lo que respecta a la raza. Puede haber desviaciones en el sistema pero, hoy en día, son muy sutiles y encubiertas. Pasaron ya, a Dios gracias, los días de los linchamientos del populacho. Y, sin embargo, nadie se sorprendería de encontrar prejuicios raciales en la justicia penal. Si están presentes en el conjunto de la sociedad, ¿cómo se iba a librar de esta plaga únicamente la justicia penal? Aparentemente, hay serias razones para pensar en que existe desigualdad de trato. En 1979, los negros representaban el 10,1 % de la población masculina adulta, y el 48 % de los reclusos de las prisiones estatales. ¿Es quizás porque los negros son más débiles económica y políticamente que los blancos? Como señalaba Austin Turk, la «debilidad» no nos explica gran cosa. En nuestra sociedad las mujeres pesan menos que los hombres y sin embargo no ocupan un lugar destacado en el panorama delictivo[33]. Ciertamente, en 1979, las mujeres representaban sólo el 4 % de los penados del país. Estas cifras no prueban gran cosa si no puede saberse cuantos delitos cometen, de hecho, las mujeres o los negros.

No obstante nos queda una pregunta inquietante. ¿Qué es lo que explica la enorme desproporción entre blancos y negros en el campo de la justicia penal? ¿Podemos realmente descartar la desigualdad? En un reciente trabajo se examinaron más de setenta proyectos de investigación que trataban de escudriñar los prejuicios sociales sólo en lo que concierne a la sentencia. Algunos de estos estudios llegaban a la conclusión de que había prejuicios sociales; otros llegaban a la conclusión contraria. De ahí que en el momento presente tengamos que decir que este supuesto no se ha probado, al menos en lo que concierne al funcionamiento del conjunto del sistema. Hay, sin embargo, con toda seguridad, determinados jueces que se muestran parciales en perjuicio de una determinada raza[34].

¿Por qué esta pregunta es tan difícil de contestar? Una de las razones puede ser la de que la desigualdad aparece en formas muy varias. Puede haber desigualdad en las leyes mismas. Las leyes pueden inclinarse en favor (digamos) de los propietarios y en perjuicio de los inquilinos o en favor de la acusación y en perjuicio del procesado. Esta desigualdad repercutirá en el resultado, aún cuando los jueces, la policía y los acusadores interpreten las leyes correctamente. También puede que las leyes tipifiquen como delictivas ciertas con-

ductas que se dan con más frecuencia en determinadas comunidades. O puede que el delito represente una tentación mayor entre la gente pobre, explotada, menospreciada y desengañada en sus legítimas esperanzas. Si tenemos en cuenta sólo la forma en que se aplican las leyes, el sistema puede parecer aún bastante justo, más de lo que es en realidad.

Otra explicación es la de que la desigualdad es sutil y juega en el primer momento del proceso. Imaginemos que el dueño de una tienda sorprende a una dama bien vestida, de raza blanca, en el mismo momento de hurtar un sombrero. Lo más probable es que recupere el sombrero y, con una seria advertencia muestre, educadamente, la salida a la interfecta. A lo mejor otro día encuentra a un muchacho negro robando. Esta vez lo entrega directamente a la policía. Si eso sucediera proporcionalmente en toda la ciudad, el número de detenciones mostraría que la mayoría de los ladrones de tiendas son negros. Evidentemente, esto sería erróneo. También puede ser que los propios policías tengan un doble criterio, según se trate de blancos o negros, ricos o pobres, para decidir encerrarlos o dejarlos en libertad. Ello no quiere decir que, de hecho, la policía actúe de este modo en ninguna sociedad, sino simplemente que es posible; que la desigualdad en el sistema puede no ser fácil de detectar o de calibrar y que puede depender de factores más imprecisos que las simples variables de raza, sexo y clase.

La revolución de los derechos

Oímos hablar mucho, hoy en día, de «la revolución de los derechos»; de la benignidad hacia los delincuentes, de la forma en que los tribunales los «miman» y del debido proceso en Derecho. ¿Cuánto hay de cierto y cuánto de fantasía? Al preguntarnos si los juicios son fundamentalmente justos debemos recordar que la mayoría de los imputados de un delito nunca llegan a juicio. Sus derechos se solventa de otra forma; a menudo con las negociaciones para una confesión convenida. En cuanto a los que van a juicio, no cabe duda de que la ley se inclina más ahora por los derechos de los acusados que en las generaciones pasadas.

Los derechos básicos del imputado son, desde luego, muy antiguos. La Declaración de Derechos —unida a la Constitución federal hace casi 200 años— es una especie de mini-código de procedimiento penal. Prohíbe los castigos crueles o inusuales, los registros y decomisos injustificados y las fianzas excesivas. Garantiza el juicio ante jurado y el «habeas corpus» (una defensa contra la detención ilegal). Comparada con la administración de justicia de otros países, y especialmente con la de las dictaduras, la justicia penal norteamericana siempre se ha destacado por su ejemplaridad.

Ningún país alcanza la perfección, ni siquiera se aproxima a ella. Tenemos muchas cosas de que avergonzarnos en nuestro pasado como nación, al igual que todos los países. Tenemos, en especial, el doloroso recuerdo de la brutalidad de la policía y de sus acusaciones infundadas. Tenemos también el caso de la ley del linchamiento. Los vigilantes no fueron tan admirables como algunos piensan. A menudo, en el pasado, grupos e individuos con creencias que no gozaban del favor popular, tuvieron que sufrir por ellas. El sistema, por lo general, tiene muchas aristas. En algunas ocasiones, al menos, esas aristas pueden significar la condena de un inocente.

Pero el pasado ya murió. Y hay que preguntarse, ¿cuál es la tendencia actual? ¿Qué rumbo sigue el sistema? Los derechos formales de los acusados se han desarrollado enormemente, en especial desde la década de 1950, con Earl Warren al frente del Tribunal Supremo, marcando el camino a seguir. En el caso *Miranda C/ Arizona*[35], el Tribunal Supremo trató de mejorar los derechos de los detenidos por la policía. La policía debe informar al sospechoso de sus derechos constitucionales, incluyendo el derecho a guardar silencio. Si no se hace esta advertencia, el Tribunal puede negarse a utilizar como prueba lo que haya declarado el acusado. Se ha convertido en una práctica policial rutinaria el hacer la «advertencia Miranda» a los detenidos por delitos graves.

Hay personas que dudan de que ello haya sido una gran mejora. La policía se limita, simplemente, a murmurar una fórmula verbal. Es posible. Pero la del caso Miranda es sólo una de las muchas sentencias del Tribunal presidido por Warren (y de los demás tribunales estatales del mismo talante); el efecto neto del conjunto de estos casos puede ser mayor que el efecto de una sola sentencia. Hoy en día la policía y la acusación parecen más receptivas al proceso debido que en el pasado. En el caso *Gideon C/ Wainwright*[36], el Tribunal Supremo dio otro paso importante. Cuando alguien es acusado de un delito grave (una «felonía») tiene derecho a un abogado. Si no tiene dinero para pagarlo, el estado debe ocuparse de ello y pagar la minuta de honorarios. Este caso dio sus frutos; sino en el sistema general sí, al menos, en miles de vidas y en miles de casos.

La justicia penal es noticia de grandes titulares, y también un tema muy polémico. El crimen (sobre todo, el crimen en las calles) es

un problema social tremendo. Al propio tiempo, el país se halla inmerso en una «revolución de derechos», una forma de expresión del proceso debido. Los defensores de los pobres, de los negros y de otras minorías sociales se quejan amargamente del comportamiento de la policía, del personal de prisiones y del resto del sistema. En otras palabras; el sistema se halla entre dos fuegos, el de la derecha y el de la izquierda; el de los que piensan que es demasiado blando y el de los que piensan que es demasiado duro.

El resultado de toda esta efervescencia es todo un paquete de cambios en direcciones opuestas. Ejemplo de ello es la reforma de las fianzas. Cuando alguien es detenido y acusado de un delito, no siempre va a la cárcel en espera de ser juzgado; a menudo se le deja en libertad bajo fianza; esto es, una vez haya entregado determinada suma de dinero como garantía. Pierde la fianza si no comparece a juicio. La Enmienda Octava prohibe las «fianzas excesivas», pero incluso una modesta suma de dinero puede ser excesiva para alguien pobre y, en el desempleo, obtener una fianza significa muchísimo. Las personas que están en libertad bajo fianza pueden preparar mejor su defensa y también pueden seguir haciendo vida normal.

El que está en prisión sufre una especie de castigo, incluso si al final resulta inocente. Pierde la libertad y también puede perder su trabajo. De ahí que algunos reformadores hayan propuesto que, antes del juicio, se deje a la gente libre bajo palabra de honor, cuando valga la pena correr el riesgo. No es probable que personas con lazos en la comunidad se sustraigan al Tribunal. Este modo de mantener la libertad, bastante frecuente hoy en día, se debe en gran parte al Proyecto Manhattan sobre fianzas de 1960, apoyado por la Fundación Vera. En 1966, el Congreso aprobó una ley de fianzas para los tribunales federales; en otras comunidades tienen sus propias versiones[37].

Hubo otros intentos de armonizar el sistema. Los cambios introducidos en la regulación de la sentencia indeterminada y de la libertad bajo palabra son, en parte, intentos para controlar la posible arbitrariedad del proceso. Los detenidos venían a depender de oficinas sin rostro o de expertos que no les conocían. Está también el movimiento de los derechos de los reclusos, que condujo a la creación de un procedimiento de queja para los internos de los establecimientos penitenciarios y contribuyó a reducir algunos de los peores excesos en las cárceles. Especialmente en California y en algunos pocos estados más, los reclusos se han politizado y piden cambios en la administración penitenciaria. Los tribunales han visto con buenos ojos

algunas de estas reivindicaciones y han extendido el alcance del proceso debido al interior de las penitenciarías[38]. También han existido presiones para fortalecer el sistema, para afilar sus garras. También esto ha dado algún resultado; cambios en las negociaciones para la confesión convenida y la sentencia indeterminada.

Las reformas, no obstante, tienen la tendencia patológica de terminar en la nada. Malcolm Feeley ha valorado la huella dejada por el impacto de la reforma de las fianzas, de la sentencia y de la «selección previa al juicio»; esto es, el no presentar a juicio a determinados inculpados (por ejemplo, los que sufren enfermedades mentales o problemas de alcohol), destinándolos a otras instituciones sociales más adecuadas. Ha podido averiguar que las reformas o cambios que se intentaron consiguieron muy poco. Evidentemente, hay cambios importantes en la administración de la justicia penal, pero suelen «silenciarse por considerarlos subproductos, esfuerzos aparentemente fracasados o la consecuencia de un cambio social general»[39].

El sistema penal está lleno de dificultades, en el sentido que sea. Este es el mensaje del libro de Feeley. Estudió las reformas de la línea dura y las de línea blanda. En Nueva York, en tiempos del gobernador Nelson Rockefeller, se aprobó una ley draconiana sobre drogas con el fin de meter a la cárcel a los traficantes. Esta ley (al igual que otras parecidas) fue, en conjunto, tan poco eficaz como las leyes más permisivas. Tuvo «un efecto disuasorio muy escaso sobre el uso de estupefacientes»; era una ley «extraordinariamente cara de aplicar y conducía a sentencias duras para delincuentes marginales». Fue derogada en 1979[40]. También, en conjunto, se han visto abocados al fracaso los eternos esfuerzos para endurecer la ley contra la conducción bajo los efectos del alcohol. Los intentos para endurecer la aplicación de las leyes a veces funcionan —como intentos que son— pero el sistema decae pronto y vuelve a su forma anterior[41]. Podríamos comparar a la Administración de justicia penal con una manguera de riego llena de agujeros. Si a un extremo se da más presión, el agua sobrante sale por los agujeros a mitad de camino. La justicia penal es, en muchos aspectos, como una manguera agujereada.

¿Se trata realmente de un verdadero sistema? La palabra *sistema* presupone algún tipo de organización racional, alguna especie de coordinación del conjunto. La justicia penal es, todo lo más, un pseudosistema. Nadie está verdaderamente al frente de la misma. Cada uno puede hacer fracasar el trabajo de todos los demás. Los

parlamentos tienen la potestad de aprobar las leyes, pero no pueden hacerlas cumplir. La policía puede detener, pero no puede asegurar la acusación. La acusación puede acusar, pero no puede asegurar la condena del Tribunal. El juez puede condenar a alguien, pero no puede mantenerlo indefinidamente en la cárcel. El jurado puede no hacer caso al juez y el juez puede no hacer caso al jurado. Y así sucesivamente. En resumen, el sistema está «descentralizado, fragmentado y hecho de recortes y añadidos». Es «... como un animal primitivo, con un antiguo poder para regenerarse; se le corta una pierna, un brazo, un órgano aquí y allá... y, simplemente, el órgano amputado vuelve a crecer. Ningún cerebro lo controla; no hay un sistema nervioso central»[42]. Para bien o para mal, resulta ser una fiel descripción del sistema tal como es en realidad.

10

Derecho Constitucional y Libertades Cívicas

NO SE PUEDE estudiar ni analizar el sistema jurídico americano con un mínimo de rigor sin tener en cuenta un texto que pronto cumplirá su segundo centenario: La Constitución Norteamericana. La Constitución fue ratificada en 1787, lo que la convierte en la Constitución escrita más antigua de las que aún están en vigor. Es, jurídicamente, la más activa. Evidentemente, no es exactamente igual a como era en 1787. La Constitución ha sido enmendada veintitrés veces; algunas de las enmiendas (la catorce, por ejemplo) han sido extremadamente importantes. Pero si tenemos en cuenta lo que ha cambiado el mundo desde 1787, veintitrés enmiendas no parecen mucho. Doce de ellas se añadieron a la Constitución en 1804; desde entonces sólo ha habido catorce más.

Una advertencia sin embargo: cuando hablamos de la influencia o consecuencias de la Constitución, debemos tener en cuenta que la Constitución no es más que un trozo de papel en sí misma. No contiene ni frases ni palabras mágicas. No es la Constitución Norteamericana la que es fuerte, sino el sistema constitucional. Es un sistema formado, en primer término, por una actitud pública frente a la Constitución y, en segundo lugar, por formas de comportamiento e instituciones que se han desarrollado alrededor de la Constitución. La Constitución, por sí sola, aún siendo importante y bien construida, no podría explicar el funcionamiento del sistema constitucional.

La experiencia de los otros países lo demuestra. Docenas de países tienen constituciones escritas, pero muchas de ellas son bromas

de mal gusto que han de sufrir los ciudadanos. La Constitución de la Unión Soviética, por ejemplo, tiene tantas frases nobles y altisonantes como cualquier otra. Promete toda clase de libertades y derechos. Pero tiene muy poco que ver con el Derecho vivo o la estructura del poder en el estado soviético. En este aspecto, la Constitución Soviética tiene muchas imitadoras. Por otro lado, los ingleses carecen de Constitución escrita; no tienen «sólidas» garantías de libertad. En teoría el Parlamento es muy superior, más fuerte sobre el papel, que el del Estado Soviético. Y, en cambio, Inglaterra es un estado democrático y el imperio del Derecho funciona tan bien como en casi todos los estados.

Sea cual fuere la situación de los demás países, en éste, el gobierno constitucional es una poderosa fuerza con la que hay que contar. Forma parte de la forma de vida americana. La Constitución Norteamericana es Derecho vivo porque se hace cumplir. La Constitución Rusa no lo es. La Norteamericana se hace cumplir, en parte, a través de los tribunales, por medio del «juicio jurisdiccional». No son los tribunales los únicos guardianes del sistema constitucional, pero son unos guardianes poderosos e importantes. Lo cierto es que cuando se habla de la Constitución como Derecho vivo, se entiende por ello, normalmente, las doctrinas y conceptos que los tribunales han formulado, desarrollado y extendido.

Dichas doctrinas y conceptos pueden tener sus raíces en el texto constitucional (y así debe ser entendido). Pero a duras penas los reconocerían los padres fundadores. ¿Qué pensaría Jefferson si le dijeran que al amparo de lo que dispone la primera Enmienda, una revista puede publicar fotografías de personas desnudas haciendo el amor? ¿Qué pensaría de la tesis de que la pena de muerte viola la Enmienda octava? ¿O, en otro orden de cosas, que el precepto constitucional relativo al comercio autoriza a Washington a decir a los granjeros cuantos cacahuetes pueden cultivar?

En resumen, la Constitución *es* lo que los jueces dicen que es, como lo expresó así de claro, en cierta ocasión, el Magistrado Presidente Charles Evans Hughes. Lo que los jueces dicen pertenece al contexto de los casos reales. Estos son siempre producto de su tiempo. Reflejan las cuestiones sociales de la época y de ese modo esas cuestiones son la fuente principal del Derecho Constitucional.

Este es un hecho básico en nuestro sistema constitucional. Es importante no abarrotar de trabajo a los Jueces y Tribunales. El comportamiento constitucional es más amplio que el judicial. El Derecho Constitucional empieza fuera del Tribunal; empieza con las

reclamaciones sobre derechos constitucionales. Existen también costumbres, comportamientos e interpretaciones que son independientes de los Jueces y Tribunales. La primera Enmienda garantiza la libertad de expresión; también lo hacen las Constituciones de todos los estados. Sin embargo, el Tribunal Supremo no hizo un pronunciamiento importante sobre la libertad de expresión hasta el caso *Schenck C/ Estados Unidos*[1]. Schenck fue declarado culpable de violar la ley de espionaje de 1917 durante la primera guerra mundial. Schenck se oponía a la guerra y envió un documento a los soldados en el que lanzaba ataques a la guerra y a los ejércitos. Por aquel entonces, la primera Enmienda tenía más de cien años. Sin embargo, los tribunales federales no habían dicho nada sobre el significado y límites de la libertad de expresión. Durante aquellos años, el gobierno federal tomó muchas medidas que hoy en día serían consideradas graves violaciones de nuestros derechos. Por otro lado, nunca existió una censura de prensa generalizada en tiempo de paz. Siempre ha sido posible el amplio debate político, en un grado tal, que incluso en nuestros días pocos países alcanzan. Así pues, la libertad de expresión formaba parte de nuestras tradiciones básicas. La cuestión esencial es que, en todo tiempo, el constitucionalismo ha sido más un comportamiento que una teoría.

Pero también hay que tener en cuenta la teoría. Y hay que empezar por la Constitución misma. La idea básica es simple. La Constitución es la ley suprema del país. Es la autoridad más alta. Ninguna persona ni grupo de gobierno —ni el Presidente, ni el Congreso ni, desde luego, el policía de la esquina— tiene derecho a vulnerar la Constitución. Los tribunales son los guardianes de la Constitución. Tienen derecho a revisar la constitucionalidad de los actos y declararlos, en su caso, nulos e ineficaces.

Este es el famoso poder de revisión jurisdiccional. En el caso *Marbury C/ Madison* (1803)[2], el gran magistrado Presidente John Marshall ejerció por primera vez su enorme poder contra un acto del Congreso de los Estados Unidos. Se trataba de una cuestión técnica. ¿Tenía el Tribunal Supremo jurisdicción para dictar una clase especial de resolución, llamada mandamiento, contra el Secretario de Estado? Había una ley del Congreso que le daba jurisdicción para dictar tal resolución, pero la Constitución (según la interpretación Marshall) circunscribía la competencia del Tribunal Supremo a las apelaciones, con unas pocas excepciones específicas. Por tanto, aquella ley del Congreso se oponía a la Constitución y Marshall la anuló sin contemplaciones. Durante el mandato de Marshall, la facultad de revi-

sión jurisdiccional y el ejercicio de la misma levantaron grandes polémicas. Pero el caso —y los principios— permanecieron firmes.

La revisión jurisdiccional, desde luego, no es sólo una facultad federal. También los tribunales de los estados la tienen sobre sus parlamentos y, con mayor razón, sobre los ayuntamientos y los distintos organismos estatales. Esta facultad está ahora tan profundamente enraizada en nuestro sistema que es difícil imaginar a nuestro mundo jurídico sin élla.

No obstante, sigue siendo objeto de debate. Por ejemplo, la revisión jurisdiccional va en contra de la ley de la mayoría. Nadie elige al Tribunal Supremo. Los electores votan a los miembros del Congreso, a los senadores y a los presidentes que les gobiernan. ¿Cómo puede el Tribunal dejar sin efecto lo que deciden los ciudadanos a través de sus representantes? Cierto, la Constitución es la Ley Suprema del país. Pero sólo los más inocentes creen que el Tribunal Supremo sólo interpreta meramente el texto; esto es, que busca lo que este documento quiere o quería decir para las personas que lo escribieron. El Tribunal va mucho más allá de la interpretación. El Tribunal crea y difunde doctrina constitucional; parte de esta doctrina sólo está unida a la constitución por el hilo de una gasa.

El Tribunal Supremo y los tribunales, en general, tienen un poder inmenso. Muchos juristas y políticos importantes creen que los tribunales se han excedido. Les gustaría que estuvieran más «limitados». Quieren que la judicatura se autolimite a lo que «de hecho le atribuye» la Constitución. Pero, ¿cuáles son esas atribuciones? ¿Es acaso posible averiguar el «significado» exacto de aquellos viejos términos? Y ese significado ¿tiene que ser el mismo ahora que en 1787? El mundo ha cambiado. ¿Debe permanecer inmutable la Constitución?

Centenares de libros, artículos, ensayos, informes, manifiestos y sentencias judiciales se han enfrentado con el problema de la revisión jurisdiccional y de como justificarla en una sociedad democrática. Algunos juristas piensan que los tribunales tienen el deber de hacer respetar los derechos humanos fundamentales, con texto o sin él. Y, en especial, los derechos de las minorías. La ley de la mayoría, dicen, es una buena cosa en general, pero no debe tomarse en un sentido absoluto. No siempre la mayoría tiene razón. La libertad es un bien del que todos tienen derecho a disfrutar, piense lo que piense el electorado. Los derechos de las minorías, prosiguen, son especialmente importantes en un país como los Estados Unidos, en el que tienen que vivir juntas personas de distintas razas, religiones,

nacionalidades, formas de vida y opiniones políticas. No podemos permitir que la mayoría aplaste los derechos de las minorías. El Tribunal Supremo debe velar para que se respeten sus derechos. Esto es lo que la libertad significa.

No cabe duda de que el Tribunal Supremo comparte, en gran medida, este punto de vista. Ciertamente, los derechos de las minorías son uno de los grandes temas de la historia constitucional. En casi todos los procesos vistos por el Tribunal Supremo se trata de reclamaciones de algún individuo de una minoría; o de alguien que profesa creencias que no agradan; o es débil, o marginado y sin recursos. En el caso *Yick Wo C/ Hopkins*[3], un chino de una tintorería de San Francisco entró en la jurisprudencia; en el caso *Giden C/ Wainwright*[4] se trataba de un sujeto de mediana edad y dado a la bebida y en el caso *Terminiello C/ Chicago*[5], de un encarnizado racista y anti-semita. A lo largo de estos procesos desfila un asombroso batallón de desamparados, marginados, oprimidos o, simplemente, de gente totalmente distinta a los demás; testigos de Jehová, aparceros, personas obscenas, líderes callejeros, «rojos» y comunistas.

Algunos estudiosos ven también en el Tribunal al único órgano de la sociedad del que puede esperarse un debate desapasionado, racional y de cierta altura sobre algunas cuestiones polémicas, a veces discutidas tan apasionadamente que amenazan con destrozarnos. El Tribunal Supremo y sólo el Tribunal Supremo es lo bastante fuerte como para abordar estas cuestiones. Los jueces sirven de por vida. Reciben sus emolumentos, sea quien sea el Presidente y con independencia de quien tenga la mayoría en el Congreso o de lo que digan las encuestas Gallup sobre la opinión pública. Laurence Tribe, al defender al Tribunal y a la labor que hacía, dijo «al debatir nuestras diferencias más profundas en un lenguaje en el que tienen cabida los derechos constitucionales y las responsabilidades, ofrecemos a la nación la posibilidad de persuasión e incluso de educación moral»[6].

Quizás esto sea una exageración frívola. El Tribunal Supremo está perfectamente al tanto de la sensibilidad política. Ha hecho más de lo que le correspondería y a veces se ha dejado llevar por los prejuicios. Su trabajo sobre libertades cívicas, en conjunto, está lejos de ser perfecto. Su sensibilidad por las opiniones ilustres puede ser, en cambio, uno de sus mayores triunfos. Mucha gente cree que la justicia social, en conjunto, recibe un empujón mucho mayor en la Sala de Audiencias que en los despachos de los políticos.

Así pues, es posible justificar el asombroso poder de los tribuna-

les, incluso en una sociedad democrática. Este poder no es aleatorio ni premeditado; a las sentencias se llega después de una cuidadosa consideración de muchos factores, incluyendo los jurídicos. El debate continúa, como se viene haciendo desde el caso *Marbury C/ Madison*. Y aún continuará. Mientras tanto, el Tribunal Supremo prosigue su trabajo y el país, en su conjunto, acepta los resultados.

Hay que hacer constar otra cuestión: hay una gran diferencia entre valores a largo y a corto plazo. La Constitución trató de establecer un plan de largo alcance. Todos los días las presiones del momento llegan a raudales al Congreso, a la Presidencia y al resto del Gobierno. Existe la tentación de emprender acciones precipitadas de las que uno puede llegar a arrepentirse. La Constitución (ferozmente protegida por los Tribunales) puede corregir o prevenir los errores del momento; puede que al final nos encontremos mejor situados si nos obligan (los tribunales) a resistir las tentaciones del momento.

Quizás pueda servirnos este ejemplo: Dos amigos se disponen a salir a una fiesta de fin de año; uno de ellos tiene problemas con la bebida y lo sabe. Da a su amigo las llaves del coche y le dice: «Si me emborracho no me dejes conducir, pase lo que pase». En la fiesta bebe demasiado, como se temía. Bebido, pide las llaves. Pero la promesa tiene caracter «constitucional» y aún cuando suplica, adula y reclama, su amigo se niega a entregarle las llaves. En su exaltación etílica está triste y enfadado. Se queja amargamente de que su amigo es injusto. Después de todo es *su* coche; son *sus* llaves. Pero al día siguiente, en la luminosidad del nácar de la fresca mañana, está satisfecho de que su amigo le haya negado las llaves y se haya mantenido firme en su promesa.

La Constitución y los tribunales que la hacen respetar son, desde luego, los guardianes de esas llaves.

Los frutos póstumos de la investigación: Las Constituciones de los Estados

Cuando se cursa Derecho o Historia Constitucional en una Facultad de Derecho, se estudia la Constitución federal y la interpretación que de élla hacen los tribunales. Sin embargo, todos y cada uno de los estados tiene también su propia Constitución. Las constituciones de los estados son documentos importantes en su propio contexto jurídico. Son la Ley Suprema dentro del estado. Los Tribunales del estado tienen, a fin de cuentas, la última palabra en materia de

derecho constitucional del estado. La Constitución de California afecta a los derechos y deberes de más de veinte millones de residentes, y el Tribunal Supremo de California, su principal intérprete, es ciertamente importante.

Las constituciones de los estados son, sin duda, pálidos reflejos de la Constitución Federal. Los estados han recibido, desde luego, la influencia de la Constitución de 1787. Por ejemplo, todos tienen una declaración de derechos que sigue, más o menos, el modelo de la declaración de derechos federal. Es, en cierto modo, el pago de una deuda antigua; la declaración federal de derechos se inspiró mucho en algunas de las primeras constituciones de los estados, por ejemplo en la de Virginia. Desde 1787 la Constitución federal ha sido un poderoso modelo. Sin embargo, las constituciones difieren mucho las unas de las otras y también de la Constitución federal, tanto en su estructura general como en sus particularidades.

En las constituciones de los estados se encuentran muchas disposiciones que no tienen equivalente en el texto federal. En la segunda mitad del siglo XIX, fueron muchos los estados que establecieron limitaciones especiales al poder de sus parlamentos. Desgraciadamente, algunos parlamentos se habían dejado corromper completamente y merecían sobradamente esta desconfianza. En 1851, Maryland retiró a su parlamento la facultad de conceder el divorcio, de autorizar loterías, de financiar canales y ferrocarriles y de endeudarse por más de 100.000 dólares. Muchos estados tuvieron que prohibir que se dictaran leyes «privadas, locales o especiales». (El Congreso goza todavía de esa facultad; puede aprobar, y aprueba, leyes que se refieren a una sola persona).

También en muchos estados se condicionaba constitucionalmente la forma de las leyes. Ninguna ley podía abarcar más de un «objeto» y ese objeto tenía que «expresarse en el título»[8]. Se trataba de impedir que un senador o un diputado astuto pudiera introducir en una ley alguna cuestión especial sin que se enterase el Senado o el Congreso. El determinar cuando una ley se ocupa de más de un tema en un asunto totalmente subjetivo. De ahí que esta disposición daba a la judicatura unas nuevas tijeras para podar la legislación[9]. Este precepto de las constituciones de los estados ha sido una caudalosa fuente de litigios. No tiene equivalente en la Constitución federal.

Las constituciones de los estados han tenido, en conjunto, un pasado más complicado que el de la Constitución federal. La Constitución federal ha sido un modelo de estabilidad. Ha sido enmendada, pero nunca derogada. Sólo unos pocos estados (Wisconsin es uno de

ellos) han podido pasar con una sola Constitución. En el otro extremo, Louisiana ha tenido nueve o diez, según como se cuenten. La Constitución de Louisiana de 1864 fue sustituida por la de 1868; ésta por la de 1879; ésta duró hasta 1898. El texto de 1898 tenía 326 artículos, fijaba el sueldo del gobernador en 5.000 dólares y tenía veintiocho disposiciones adicionales que trataban del gobierno de Nueva Orleans.

Este es un caso típico de inflación constitucional. Queda muy lejos el modelo federal en el que el texto establecía un armazón básico de gobierno, una lista de principios y derechos fundamentales y nada más. Las constituciones como la de Louisiana de 1898 son, de hecho, como superleyes. No es extraño que sean continuamente enmendadas o sustituidas. Estas cartas tan detallistas son terriblemente frágiles. La Constitución federal, amplia y de líneas generales, se dobla con el viento, pero no se rompe.

Las Enmiendas

La Constitución es la ley más importante del país, lo que no impide que pueda ser enmendada. Según el artículo V, el Congreso puede proponer enmiendas que surtirán efecto si «se ratifican por los Parlamentos de las tres cuartas partes de los distintos estados». Este es el sistema que, hasta el momento, se ha seguido en todos los casos. Hay una vía alternativa, que se inicia con una convención federal y que nunca se ha utilizado. En todo caso, el procedimiento para la enmienda es lento y rígido. Muchos proyectos de enmienda no consiguieron prosperar. La Enmienda para la Igualdad de Derechos parece destinada a ser el ejemplo más reciente.

Los estados tienen también sistemas para enmendar sus constituciones. California es la inventora de uno de ellos: la «iniciativa». Se trata de la facultad de los propios ciudadanos de aprobar y proponer enmiendas a la Constitución del estado. A veces son una docena o más las propuestas. Sin embargo cuesta un gran esfuerzo conseguir que una propuesta salga a votación. Los promotores han de recoger un gran número de firmas; necesitan un número de firmas del censo que sumen, al menos, el 8% del número de votos conseguidos por el conjunto de candidatos a gobernador del estado en las últimas elecciones. Es difícil pero, evidentemente, puede conseguirse, puesto que siempre hay montones de propuestas que consiguen las firmas necesarias para salir a votación. Algunas son triviales, otras más significativas. La «Propuesta treceava» recortó hasta la médula los impuestos sobre la propiedad y sacudió de arriba a abajo todo el sistema financiero estatal.

El florecimiento de la revisión jurisdiccional

Marbury C/ Madison[12], la gran sentencia de John Marshall, es un buen punto de partida para hablar de la revisión jurisdiccional. A pesar de las muestras de descontento en los tribunales de los estados y entre los seguidores de Thomas Jefferson, después del caso *Marbury*, la revisión jurisdiccional obtuvo gradualmente la aceptación general. Se convirtió en un arma rápida y potente en manos de los tribunales.

Sin embargo, en los primeros tiempos, esa arma llegó casi a oxidarse por el desuso. Habrían de transcurrir más de cincuenta años hasta que el Tribunal Supremo decidiese anular una parte de la legislación federal. Se trata del infamante caso *Dred Scott* (1857)[13]. El Tribunal, en una sentencia redactada por el Magistrado Presidente Roger B. Taney sostenía (entre otras cosas) que el compromiso de Missouri era anticonstitucional[14]. La sentencia también afirmaba que los negros no podían ser ciudadanos de los Estados Unidos. Las opiniones de Taney sobre la esclavitud, la raza y la política territorial, tal y como se expresan en el caso *Dred Scott*, eran completamente opuestas a las fuerzas abolicionistas del Norte. En la larga historia del Tribunal Supremo nunca hubo una sentencia que fuera, ni entonces ni ahora, más generalmente vilipendiada.

En el largo período de letargo que va desde el caso *Dred Scott* al caso *Marbury*, la revisión jurisdiccional no estuvo completamente dormida. El Tribunal utilizó, de vez en cuando, su poder para anular leyes *estatales*. El Art. 1.º, sección 10 (1) de la Constitución establecía que «Ningún estado... aprobará ley alguna que pueda alterar las obligaciones contractuales». Esta disposición estaba destinada a evitar que los estados fuesen demasiado lejos en la protección de los deudores frente a los acreedores, especialmente en tiempos de crisis económica».

El Tribunal Supremo hizo una lectura muy amplia de esta disposición. En el caso *Fletcher C/ Peck*[15] el Tribunal aplicó este precepto a la concesión de tierras. En 1794-95, las leyes de Georgia autorizaron la cesión, a bajo precio, de enormes extensiones de las llamadas tierras Yazoo a los intermediarios. Algunos parlamentarios habían sido sobornados. Más tarde, el electorado echó a esos bribones. La legislatura siguiente intentó rescindir las concesiones, decla-

rándolas nulas y sin valor legal. Por aquel entonces, buena parte de las tierras habían pasado ya a manos de terceros inversores que no habían sido parte en el primer trato; muchos de ellos vivían fuera del estado. El Tribunal Supremo calificó de contrato a la primera concesión y no permitió que Georgia la anulara. En el caso *Darmouth College C/ Woodward*[16], el Tribunal fue todavía más lejos. Sostuvo que el Parlamento no podía modificar restrictivamente los estatutos de una sociedad (los estatutos, en aquel entonces, se aprobaban por ley). También el Tribunal dictó algunas sentencias en casos de cláusulas contractuales más directamente relacionadas con la protección del deudor; también aquí se desautorizó, drásticamente en algunos casos, la política individual de los estados.

Las sentencias constitucionales relativas a este precepto sobre los contratos figuran entre las más criticadas de las dictadas antes de la guerra civil. Hubo también algún que otro caso sobre el alcance de las competencias federales y estatales en materia de comercio interestatal y, de forma más generalizada, sobre las relaciones entre las dos esferas de gobierno. Esas cuestiones tienen un antiguo sabor: el de las fugas de los esclavos; el del control de los «super-modernos» barcos de vapor surcando, humeantes, la ruta de Nueva York a Nueva Jersey; el de los puentes de peaje y las barreras. Sin embargo los problemas para trazar las tortuosas fronteras entre el poder del estado y el gobierno federal siguen todavía.

Después de la guerra civil, el Norte consiguió la aprobación de tres enmiendas a la Constitución —la Enmienda decimotercera, la décimo-cuarta y la decimoquinta—. La Enmienda decimotercera abolía la esclavitud y la «servidumbre involuntaria», excepto como pena impuesta por un delito. Según la Enmienda décimo-quinta no se podía «negar ni restringir» el derecho al voto por motivos de «raza, color o anterior condición de esclavitud». La Enmienda décimo-cuarta (1868) dejó sin efecto la doctrina del caso *Dred Scott* y declaró ciudadano americano a todo el nacido o naturalizado en el país. Declaró que los estados no podían privar a nadie de su vida, su libertad o sus propiedades sin un debido proceso en Derecho. Los estados tampoco podían «negar» a nadie, dentro de su jurisdicción «la igualdad de protección ante la ley». El noventa por ciento del moderno Derecho Constitucional parece haberse disparado como un cohete y surgido de estas dos frases cargadas de significado, *debido proceso* e *igual protección*. A fin de cuentas, de ellas depende o se hace depender una revolución social de gran importancia.

La misma guerra civil fue una fuente de cambios. Un gobierno débil, con poca dedicación, que mataba el tiempo en el pantanoso pueblo de Washington, tuvo que movilizarse a sí mismo y dirigir una gran guerra. La guerra acabó con la esclavitud y arruinó la economía del Sur. El Norte, antes región de granjas, con unas pocas fábricas y maquinaria, se convirtió rápidamente en el centro de una sociedad industrial; una sociedad minera, de ferrocarriles, factorías y comunicaciones rápidas. Las bases mismas de la vida social se alteraron, lenta, pero inexorablemente. Evidentemente, la guerra no trajo todo esto consigo, pero quizás aceleró el proceso. Y empezó una emocionante nueva era de revisión jurisdiccional.

En los tardíos años de la década de 1860, el Tribunal Supremo sólo veía una media de cuatro o cinco casos por año: hacia 1890 se sentenciaron alrededor de veinticuatro casos[17]. Bajo la presidencia del Magistrado Fuller, el Tribunal declaró, en una sóla década (1889-99) la inconstitucionalidad de seis leyes federales, juntamente con treinta y cuatro leyes estatales y cuatro ordenanzas municipales.

Este gran desarrollo del control jurisdiccional de la constitucionalidad de finales del siglo diecinueve giraba en torno del precepto del «*debido* proceso». Las doctrinas surgían de estas pocas palabras como conejos del sombrero de un prestidigitador. Es casi seguro que los redactores de la Enmienda décimo-cuarta sólo pensaran en el procedimiento cuando emplearon las palabras «proceso *debido*». Estaban pensando en un juicio justo en los Tribunales de Justicia. Pero, con el cambio de siglo, esta frase vino a significar algo muy distinto y mucho más vasto. Según el Tribunal, una ley «no razonable» o «arbitraria» equivalía a una privación del proceso debido. Evidentemente, sólo los Magistrados podían decir lo que debía entenderse por razonable. Una restricción demasiado grande, por ejemplo, de la «libertad contractual», violaba la Constitución. Con estos materiales, el Tribunal levantó una estructura que, en realidad, de un plumazo, hacía de la libre empresa parte del esquema constitucional.

No de una forma coherente, desde luego; ni tampoco sin que se levantaran voces del centro y de la izquierda gritando en contra de la labor del Tribunal. En algunos casos notorios, el Tribunal utilizó el argumento del «sustancial proceso *debido*» para vaciar de contenido algunas leyes sociales; leyes que se aprobaron para apoyar a los trabajadores frente al capital. Quizá con el caso *Lockner C/ New York*[18], en 1905, se llegó al punto culminante. Se trataba de una ley de Nueva York que regulaba las panaderías. Entre otras cosas se ponía límite al enorme número de horas que trabajaban los panaderos.

Según esta ley, no podía permitirse ni exigirse a nadie que trabajara más de sesenta horas semanales en una panadería, ni más de diez horas diarias. El tribunal Supremo anuló la ley. El Magistrado John Marshall Harlan discrepó, alegando que la mayoría de los jueces habían hecho caso omiso de las condiciones laborales de los panaderos, notoriamente infrahumanas; de cómo los panaderos enfermaban de los pulmones a causa del polvo de harina; de cómo «muchas horas de duro trabajo» producían reumatismo, calambres e hinchazón en las piernas y de la evidente mala salud de los panaderos, que tenían la cara «pálida» y «raramente» pasaban de los cincuenta. También discrepó Oliver Wendell Holmes Jr. Para él, la mayoría de los jueces se habían basado en «una teoría económica no compartida por una gran parte del país». Era la teoría de la total libertad de empresa. El propio Holmes estaba de acuerdo con esa teoría pero no deseaba verla erigida a nivel de principio constitucional. Sin embargo, para la mayoría (según el magistrado Rufus Peckhan), nada de esto contaba. El argumento basado en la salud era sólo un pretexto. La ley estaba irremediablemente condenada. Vulneraba «la libertad de contratación entre el patrono y el obrero». Esta clase de reglamentación de «horas de trabajo» violaba la Enmienda décimo-cuarta.

Algunos tribunales estatales (el de Illinois, por ejemplo) eran, en materia constitucional, aún más activos que el Tribunal Supremo y en su misma línea doctrinal. Al cambiar el siglo, las leyes sociales y laborales caían que parecían los bolos de una bolera. Sin embargo es difícil valorar el verdadero impacto del caso *Lochner* y sus compañeros de viaje. De hecho, la mayoría de las leyes sobrevivieron al reto constitucional. Muchas de ellas nunca fueron impugnadas. Por otro lado, nunca conseguiremos saber qué leyes no se aprobaron —o lo fueron en una versión muy edulcorada— por el temor de los parlamentarios de Illinois o de Rhode Island de que los Tribunales las anulasen después. Puede que también sucediera lo contrario; que un Parlamento aprobase una ley «radical» para complacer a unos determinados electores, esperando, en lo más recóndito de sus mentes, que el Tribunal la anulara y les sacara del engaño.

Una cosa está *clara:* las impugnaciones por inconstitucionalidad de las leyes empezaron a ser normales a partir del año 1880, mientras que antes no lo habían sido. De hecho, se convirtieron en una parte del círculo vital de las leyes importantes. Ya no se podía retroceder. El control jurisdiccional de la constitucionalidad fue, en el siglo veinte, cada vez más fuerte. Ello es así, ante todo, en términos absolutos; cada vez ha habido más leyes bajo control, más leyes anuladas

y más doctrinas nuevas; algunas de ellas muy atrevidas, muy radicales. En un solo año (1915), el Tribunal Supremo anuló veintidós leyes estatales[19]. Y ese ritmo continuó. El Tribunal Supremo, activo e inquisitivo, se convirtió en el protagonista de la escena.

El *contenido* de esa actividad también cambió y de forma radical. En la gran depresión de los años 30 y durante el «New Deal» de Franklin D. Roosvelt, el país se inclinó hacia la izquierda. El poder pasó de las ciudades y los estados exhaustos al gobierno de Washington. El Tribunal Supremo, al principio, no sintonizaba con esa política. En una serie de sentencias, el Tribunal anuló unas cuantas leyes clave del «New Deal». Por ej., en el caso *Schechter Poultry Corp. C/ los Estados Unidos*[20], el Tribunal hizo tabla rasa de la ley de 1933 para la recuperación de la Industria Nacional.

Una vez más hubo un gran sentimiento de cólera nacional. También en la Casa Blanca. Roosvelt planeó entonces hacerse un Tribunal «a su gusto»; aumentaría el número de sus componentes nombrando nuevos Magistrados, más de su agrado, que mentalizaran a los «nueve ancianos» que formaban entonces el Tribunal. Según este plan, el Presidente quedaba autorizado para designar a un nuevo Magistrado por cada uno de los existentes que tuviese setenta o más años. En 1937 estos eran seis. Pero por una vez le falló su olfato político; el plan para componerse un Tribunal a su medida recibió los ataques de todos los sectores como una amenaza a la independencia de los jueces y al conjunto del sistema norteamericano. El plan fue abandonado a toda prisa y ya no se habló más de él.

Roosvelt, al final, ganó su batalla contra el Tribunal. Fue elegido Presidente cuatro veces y los «nueve ancianos», sencillamente, no pudieron sobrevivir a sus mandatos. Obtuvo el Tribunal que quería sin tener que manipularlo. A partir de 1937, el Tribunal Supremo, primero más bien despacio y luego de buen grado —y aún con un orgulloso entusiasmo— se sometió a la expansión del poder nacional y al alcance y métodos del estado intervencionista. El Congreso y los parlamentarios ya podían legislar a su gusto en materia económica; el Tribunal no diría que no.

Esta postura continuó dándose en una serie de casos de los cuales fue, quizás, el punto culminante, el caso *Williamson C/Lee Optical*[21]. Redactó la sentencia William O. Douglas, uno de los jueces designados por Roosvelt. Los hechos se referían a una ley de Oklahoma que regulaba la industria de las lentes. Solamente se autorizaba a fabricar o a montar gafas a los oftalmólogos y a los licenciados en optometría o a los que actuasen con receta de aquéllos. La finalidad de la ley era proteger a los ciudadanos y ello se relacionaba vagamen-

te con su salud, pero no era más que un pretexto. Los verdaderos motivos parecían tender, fundamentalmente, a evitar la competencia. Los ópticos («artesanos cualificados para tallar lentes, dar prescripciones y colocar monturas») eran el objetivo de aquella ley, que les perjudicaba gravemente en sus negocios. Si el Tribunal Supremo hubiese sido el del año 1900, quizás hubiese mirado con lupa esta ley y la hubiese anulado. El tribunal de 1955, en cambio, no deseaba interferir. Douglas desestimó todas las objeciones a la ley. Dejad que Oklahoma haga lo que quiera, dijo, «ya pasó la época en que el Tribunal se valía del proceso debido para anular leyes reguladoras de la industria... porque podían parecer poco razonables».

El caso Williamson sigue marcando la pauta y el Tribunal, hasta el momento, no se aparta ni de su espíritu ni de su letra. El Tribunal anda con pies de plomo cuando se trata de leyes que regulan la industria. Pero la energía que ahorra, por decirlo de algún modo, la utiliza en otros campos de acción; en las llamadas cuestiones sociales; las relaciones intersociales (sobre todo en el caso *Brown C/ el Ministerio de Educación*, en 1954); los derechos de los inculpados; las libertades cívicas, en general; la discriminación sexual y un monton heterogéneo de casos que, a falta de una definición mejor, podríamos englobar dentro del «estilo de vida» de las personas.

Ahí sí que el Tribunal ha desarrollado gran actividad. ha destruído docenas de antiguos tabúes. Las leyes prohibiendo la contracepción y el aborto fueron declaradas anticonstitucionales[22]. En el caso *Furman C/ Georgia*[23] se erradicó la pena de muerte, si bien más tarde se hizo marcha atrás. Todas estas sentencias han sido muy polémicas. El Tribunal, ¿ha ido demasiado aprisa, demasiado lejos? Hay muchos estudiosos —y ciudadanos— que así lo creen. Hay otros que defienden al Tribunal. La discusión aún sigue viva.

En el momento presente (1984), la clase conservadora del país piensa que el Tribunal es muy agresivo. En 1981, William French Smith, Fiscal General del Presidente Reagan, se quejaba de que el Tribunal «había sobrepasado sus propios límites». Había creado una serie de «derechos fundamentales» de la nada: «el derecho a contraer matrimonio, el derecho a procrear, el derecho a viajar de un estado a otro y el derecho a la intimidad sexual». Estos derechos son altamente «subjetivos»; el Tribunal absorbe el poder del Congreso y se lo atribuye a sí mismo[24].

Evidentemente, no todos comparten la conclusión de Smith; muchas personas están de acuerdo en los resultados conseguidos y también en los métodos.

La mecánica de esta nueva corriente doctrinal es fácil de descrubrir. Casi todas estas nuevas y atrevidas sentencias se apoyan, aunque de forma precaria, en las dos grandes frases de la Enmienda décimocuarta: el «debido proceso» y la «igualdad de protección». El moderno Derecho Constitucional pende de estas pocas palabras como un elefante de un alfiler. El Tribunal atribuye a estas frases la cualidad de unos prismáticos. Lee en ellas conceptos y consecuencias que hubieran dejado estupefactos a los hombres que redactaron el texto.

Ello es aplicable, en general, a todo el Derecho Constitucional. Los casos relativos a la pena de muerte se apoyan en la Enmienda octava que prohibe «penas crueles y excepcionales». En el siglo dieciocho lo normal para un asesinato era la horca. Y lo cierto es que cuando se aprobó la Constitución había docenas de delitos —incluídos el robo y la violación, en muchos estados— que se castigaban con la pena capital. La propia Declaración de Derechos presupone la pena capital. También se deduce claramente de las palabras de la Enmienda quinta. Nadie podrá ser retenido «para responder de un delito que lleve aparejada la pena capital...» sin «acusación o procesamiento» del gran Jurado. Todos los estados de la Unión utilizaban la horca en la época en que se aprobó la Constitución. Las ejecuciones en la horca eran acontecimientos públicos.

Tanto en esta como en otras cuestiones el Tribunal extiende el significado del texto como si se tratara de un acordeón. Y, sin embargo, algunos preceptos se han desarrollado poco o han quedado totalmente inoperantes. En unos pocos casos el Tribunal ha interpretado muy restrictivamente el significado de algún precepto sobre los contratos. Precepto muy utilizado por el Tribunal antes de la guerra civil. Después de la guerra resurgió este artículo en los casos de las deudas de los estados del Sur; deudas que, por su situación de quiebra, los estados trataban de evitar. Luego, este precepto cayó más o menos en desuso. Y en los años 1930, durante la gran depresión, el Tribunal lo vació casi totalmente de significado.

Se trataba del caso *Home Building & Loan Ass'n C/ Blaisdell*[25]. En el fondo se trataba de las dolorosas consecuencias producidas por la crisis económica y la pérdida de valor de las propiedades inmobiliarias. Cientos de miles de personas no pudieron hacer frente a los pagos de los plazos de sus casas o granjas; los bancos y los acreedores amenazaban con ejecutar sus hipotecas. Minessota, en 1933, promulgó una ley que autorizaba el aplazamiento de la mayoría de estas ejecuciones. Era exactamente la clase de ley a que se refiere el precepto constitucional sobre los contratos. Pero el tribunal no quiso inter-

venir. La ley de Minessota era un intento «razonable» para «salvaguardar la estructura económica de la cual depende el bien de la comunidad». La costumbre histórica y la jurisprudencia fueron barridas a causa del sentimiento de crisis del Tribunal.

Derechos y libertades cívicas

Existe la tendencia a considerar al Tribunal Supremo como si fuese un arma poderosa en defensa de los oprimidos: como el alma misma y la armadura de las libertades cívicas. Y, sin embargo, este es, curiosamente, un rol muy moderno. Las sentencias sobre libertad de expresión, de prensa, de religión y similares fueron muy raras en el siglo XIX., Se le puede recriminar al Tribunal que su registro de casos era, hasta hace poco, tímido y desigual. Poco había en él que suscitase la admiración de los defensores de las libertades cívicas.

Después de todo las palabras, por sí solas —aunque sean de la Constitución—, no pueden convertirse en hechos. La represión de las creencias minoritarias en el pasado es bien conocida. La Ley de Sedición[26] representó un caso extremo. Esta ley, promulgada durante la presidencia de John Adams, declaraba que cometía este delito todo aquel que «publicara escritos escandalosos o maliciosos» sobre el Presidente, el Congreso o el Gobierno; o cualquier otro escrito con la intención de difamarles o cubrirles de «menosprecio y desprestigio». El gobierno utilizó esta ley para perseguir a los periódicos de la oposición. Los tribunales apenas profirieron la más leve señal de protesta; la ley desapareció sólo porque la oposición accedió al poder y la derogó.

Se pueden citar más ejemplos. El Sur endureció mucho sus posiciones frente a las ideas abolicionistas. Por ejemplo, según el Código de Virginia de 1849, cometía un delito el ciudadano libre que, de palabra o por escrito «sostuviese que los amos no tenían derecho de propiedad sobre sus esclavos». Muchos estados del Sur censuraban ese tipo de escritos y periódicos «inflamatorios» (abolicionistas). Las primeras leyes sobre derechos cívicos (aprobadas después de la guerra civil) pasaron por la poda de los tribunales[27]. En el caso *Reynolds C/ los Estados Unidos*[29] y en otros, el Tribunal mantuvo la validez de las severas leyes dictadas contra los mormones. Los magistrados no hicieron prácticamente nada en el asunto del «terror rojo» durante la primera guerra mundial y en los años veinte. Los «subversivos» y los «rojos» eran enviados a prisión: El Tribunal confirmaba sus condenas. No puede decirse que el Tribunal fuese muy heroico en los años

cincuenta, *durante la era de Mc Carthy y la »guerra fría»*[30]. En el caso *Plessy C/ Ferguson* (1986) admitió la segregación racial; más tarde permitió el vergonzoso trato dado a los japoneses durante la 2.ª guerra mundial[31]. Son capítulos poco aleccionadores de la historia del Tribunal Supremo.

Ello no obstante, los Estados Unidos eran, ya en el siglo diecinueve, un país con una sociedad libre. Eran el paraiso mismo de la libertad, si los comparamos con la mayoría de los restantes países, antes y después. La Historia está llena de ejemplos (nos vienen a la memoria los casos de Hitler y Stalin) de hasta donde puede envilecerse un gobierno criminal por su maldad. No hay ningún período en nuestra Historia en que se haya caído tan bajo. No es por querer loar nuestro pasado si decimos que pocos son los países que tienen un mejor «curriculum»; la mayoría lo tiene mucho, muchísimo peor.

La Declaración de Derechos no fue nunca letra muerta. Los procesos eran, en conjunto, correctos, aún cuando no llegasen a ser tan emocionantes como los de hoy. La concepción que se tenga de los derechos cambia con el paso del tiempo. Hoy en día tenemos un concepto de la libertad en el que incluimos ciertos derechos que nuestros abuelos nunca hubiesen relacionado con ella. En 1890, por ejemplo, nadie pensaba que la Constitución pudiese limitar el derecho del estado a controlar la conducta sexual. En el siglo XIX había, posiblemente, más consenso que hoy en día sobre los límites de los derechos. Evidentemente, no disponemos de la información precisa sobre lo que pensaba, en el pasado, la opinión pública en cuestiones tales como la libertad de expresión y los derechos de los inculpados. No había encuestas Gallup y las fuentes —periódicos, casos judiciales, etc.— eran, seguramente, parciales. Lo que si podemos decir es que no se aprecia ninguna marcada tendencia a la rebeldía. Los marginados no aspiraban a gran cosa; lo más que pretendían era no sr detenidos. No podían soñar en llegar a estar legalizados. Los Tribunales, por lo general, no acogían muy bien a los contestatarios. El activismo judicial, en el campo de los derechos y libertades cívicas, tardó mucho en aparecer.

Al principio, los Tribunales federales (con independencia de su posible intención) carecían de poder para obligar a los estados a respetar los derechos cívicos fundamentales. Eso es lo que se dijo en la sentencia recaída en el famoso caso *Barron C/ Baltimore*[32]. El Tribunal Supremo declaró que la Declaración de Derechos obligaba al Gobierno Federal, pero no a los estados. Los ciudadanos no podían acudir a los tribunales federales demandando a un estado en particu-

lar por haber sido privados de sus propiedades o de sus derechos cívicos fundamentales. Los estados tenían sus propias Constituciones, sus propias declaraciones de derechos. Por ello, el caso *Baron C/ Baltimore* cerraba la puerta a la esperanza de tener un modelo a nivel nacional.

Técnicamente hablando, la doctrina del caso *Barron C/ Baltimore* está todavía vigente. Pero su posterior desarrollo le ha quitado mucho de su primitiva fuerza. Hoy en día, los ciudadanos ya pueden acudir a los tribunales federales para hacer que los estados respeten sus derechos fundamentales. El instrumento del cambio fue nuestra antigua amiga la Enmienda décimo-cuarta, con sus disposiciones dúctiles y amplias; concretamente, con el precepto sobre el proceso debido. En una serie de casos, el Tribunal Supremo sostuvo que algunos aspectos de la Declaración de Derechos eran tan «fundamentales» que la disposición sobre el proceso debido los recogía y los abarcaba todos. En este sentido, la Enmienda décimo-cuarta se desvía de la sentencia *Barron C/ Baltimore*. En el caso *Palko C/ Connecticut*[33], uno de los casos clave, el magistrado Benjamín Cardozo dijo que la libertad de expresión era «la matriz, la condición indispensable de casi todas las demás formas de libertad». De ahí, dijo el Tribunal, que el estado que no respete la libertad de expresión se sale de la legalidad y viola «el debido proceso jurídico». En este aspecto, la primera Enmienda, que proclama la libertad de expresión, se convirtió en el modelo nacional.

Con los años, el Tribunal, de forma lenta pero con firmeza, ha ido «incorporando» cada vez más preceptos de la Declaración de Derechos a la Enmienda décimo-cuarta, imponiéndolos a la totalidad de los cincuenta estados y dando a los tribunales federales la jurisdicción necesaria para hacerlos respetar. La mayoría de las disposiciones sobre la justicia penal han sido incorporadas de un solo golpe. Hay algunas excepciones. La quinta Enmienda exige, en los casos penales, el procesamiento del Gran Jurado. En el caso *Hurtado C/ California*[34], el Tribunal entendió que esa exigencia no estaba contenida en la Enmienda décimo-cuarta. Esta sentencia sigue teniendo fuerza legal.

Hasta aquí en lo que concierne al aspecto técnico de la cuestión. Pero la «incorporación» es más que un símbolo. Significa, ante todo, una mayor sensibilidad hacia esos derechos; significa también que los tribunales federales han adquirido mayor poder. El Tribunal Supremo va a la cabeza. Ha desarrollado un complejo doctrinal que da alcance nacional a la Declaración de Derechos y viene en ayuda de

los sectores más débiles; negros, mujeres, pobres y, en especial, de los que han caído en las redes de la jurisdicción penal. Su desarrollo más marcado tuvo lugar a partir de 1950. En gran medida está relacionado con el Tribunal que presidía Earl Warren, designado Presidente en 1953 por Eisenhower.

Es evidente que un solo hombre no puede ser el responsable único de un movimiento tan potente, aunque este hombre sea el Presidente del Tribunal Supremo. Ni siquiera el Tribunal completo de nueve magistrados podría atribuirse tal responsabilidad. Los tribunales son *instrumentos* del cambio social. Tratan cuestiones que otras personas han suscitado previamente pero, por lo general, no inventan programas políticos. Dan una base legal a esos programas y contribuyen a llevarlos a la realidad. La década de los cincuenta fue la del movimiento por los derechos cívicos. Los negros se habían vuelto más militantes. Esta militancia era una de las grandes realidades sociales subyacentes en el caso *Brown*. En los años que siguieron, otras minorías y clases sociales débiles reclamaron sus derechos. El Tribunal construyó su edificio doctrinal sobre aquellos cimientos sociales.

El Tribunal Supremo no ve desde un principio los casos que luego deberá enjuiciar. Tiene la potestad de escoger y seleccionar los casos de entre los millares que solicitan ser oídos por el Tribunal. Esta potestad de seleccionar es una gran fuente de poder. Pero cuando el proceso llega al Tribunal ya está al fin de su camino, y no al principio. Cada caso trata de un problema real; de una cuestión o reclamación que ha empezado en el mundo exterior al Tribunal. Lo cierto es que al mostrarse los tribunales receptivos con cierto tipo de demandas, se fomenta el que la gente presente cada vez más demandas de esa clase.

Por ejemplo, el caso Brown se refería, aparentemente, a las escuelas Jim Crow. Prohibía la segregación en las escuelas públicas y, de hecho, durante bastantes años, obtuvo un éxito moderado en la consecución del fin pretendido. Sin embargo, en ese caso, se lanzó un potente mensaje a la comunidad negra. El mensaje venía a decir que el Tribunal estaba deseoso —incluso apasionadamente— de promocionar la causa de la igualdad racial. Y sin embargo la comunidad negra y sus aliados eran los que tenían que moverse. Nada se pierde con reconocer que el Tribunal tenía como aliados a estos grupos e individuos deseosos de obtener sus derechos constitucionales. La «revolución de los derechos» es, en todo caso, el resultado de la asociación de un Tribunal activo, con una sociedad en movimiento.

Para poder entender cómo se forma el Derecho, qué hace y adónde va, no hay que perder de vista el contexto social. Las normas sobre la pornografía son un ejemplo más de ello. El Tribunal lleva treinta años enfrentándose con esa cuestión. La Enmienda Primera proclama la libertad de expresión. En casi todos los estados, en cambio, es delito vender «pornografía» o imágenes «obscenas». En Oklahoma, por ejemplo está prohibido vender cosas «obscenas, impúdicas, lascivas, indecentes o pornográficas»[36]. ¿Dónde está la frontera entre lo obsceno, que está prohibido, y la libertad de expresión que no lo está? ¿Hasta dónde puede la gente llegar en cuestión de imágenes y palabras sin salirse de la Enmienda Primera?

El Tribunal nunca ha dado una respuesta satisfactoria. En conjunto, es una cuestión asombrosamente nueva. El Tribunal no se enfrentó claramente con ella hasta el año 1957, cuando falló el caso *Roth C/ los Estados Unidos*[36]. En el siglo XIX eran raros los litigios sobre esa materia. Los libros y las imágenes obscenas existían, pero no salían a la luz, por así decir. La obscenidad raramente aparecía en público.

Al parecer, un caso fallado en Pennsylvania, en 1815, fue el primero sobre esta materia[37]. Otro caso, entre los primeros, se dio en Massachussets (1821). Se trataba de un libro llamado «*Las memorias de una mujer de vida alegre*», pero más conocido por *Fanny Hill.* Más de cien años después del caso de Massachussets, este famoso libro erótico, escrito por John Cleland, continuaba su vida subterránea. Pasaba de mano en mano. En diciembre de 1923, dos libreros de Nueva York, Maurice Inman y Max Gottschalk, fueron detenidos, condenados y multados con 250 dólares por la venta de *Fanny Hill* (junto con dos «clásicos» más «*Una noche en un haren moro*» y «*Sólo un muchacho*»)[38]. Durante este largo periodo, raro fue el caso, suponiendo que existiera, en que se hiciesen valer las garantías constitucionales en un sentido lo bastante amplio como para abarcar a *Fanny Hill.*

Más tarde, en la década de 1860, Fanny Hill salió abiertamente a la luz pública y esta vez con una diferencia. Los editores reclamaron (y obtuvieron) las garantías constitucionales. Después de la década de los sesenta hubo una gran ola de procesos por obscenidad. *Fanny* fue la protagonista de algunos de estos procesos, y los tribunales, en términos generales, la convirtieron en una mujer decente. Resulta que la primera Enmienda tenía un alcance lo bastante amplio como para proteger a esa «mujer de vida alegre»[39].

Por aquel entonces, *Fanny* contaba ya con ciento cincuenta años; de hecho, casi la misma edad que la Enmienda primera. Sin embargo, su encuentro definitivo no tuvo lugar hasta los años 1960. Sus palabras —las de la Enmienda primera y las del libro— eran las mismas del siglo XIX. Pero la sociedad había cambiado y con ella la doctrina constitucional y el propio significado de la libertad de expresión se había transformado en el curso del tiempo.

A pesar de la victoria de Fanny, la cuestión de la pornografía nunca consiguió resolverse del todo. Los tribunales fueron incapaces de encontrar y aplicar reglas y límites operativos. Evidentemente, esos conceptos han sufrido una gran transformación. Una comedia cinematográfica dulzona como «The Moon is blue» provocaba el escándalo en la generación anterior porque se pronunciaba en escena la palabra *virgen*. Hoy en día, en cualquier ciudad, grande o pequeña, hay librerías para «adultos»; espectáculos visuales y salas de proyección pronográficas. Los clientes pueden ver y comprar pornografía dura, revistas y libros para cada especie o subespecie de sexo —y a todo color, ¡por favor!— y todo ello sin sustos ni redadas. Tal grado de tolerancia choca y disgusta a millones de personas. Evidentemente, no pasa lo mismo con otros tantos millones que, silenciosamente, lo aprueban; su voto es a favor de poder comprar y consumir pornografía dura. Los partidarios de la moral tradicional suelen quejarse de los tribunales por la ola de pornografía; por haber forzado el sentido de la primera Enmienda hasta llegar a proteger esa «basura». No hay duda de que los tribunales pueden ser objeto de críticas o de elogios. Los tribunales se han opuesto a la censura; han vetado las leyes restrictivas y han permitido fórmulas muy amplias. Pero, incuestionablemente, el cambio más grande no ha sido jurídico, sino social. Hay una notoria demanda de ese tipo de películas, libros y revistas y, lo que es más, la gente quiere comprarlos baratos, sin trabas, legal y abiertamente. Casi todos esos puntos de vista han prevalecido.

No es, en modo alguno, una cuestión sencilla. El Tribunal, en esta, como en otras materias, se enfrenta con un difícil problema: dónde trazar la línea divisoria. Después de todo, existen algunos maniáticos que incluso prohibirían Shakespeare; que juzgarían «*Catcher in the Rye*» demasiado fuerte para las bibliotecas universitarias; que desearían prohibir toda película que sugiriese algo de sexo. Uno de los casos de pornografía resueltos por el Tribunal Supremo[40] se refería a la película «*Carnal Knowleage*». Se había producido en unos grandes estudios; se trataba de una película seria, importante, sobre temas serios y en modo alguno obscena a la imaginación. Sin embargo, el demandado había sido condenado por haber exhibido esta

película en Albany, Georgia. El Tribunal Supremo dejó sin efecto la condena. En otro caso, el *Erznoznik C/ City of Jacksonville*[41], el litigio fue por el problema de los cines para automovilistas. En Jacksonville, Florida, estaban prohibidas las películas en que apareciesen «las nalgas desnudas del hombre o la mujer, los senos desnudos de la mujer o la zona del pubis humano al descubierto» siempre que pudiera verse la pantalla desde una calle pública. El Tribunal Supremo estimó que esta norma iba demasiado lejos; tomaba en sentido literal resultaría prohibida la película que mostrara «una imagen de las nalgas de un bebé... la inauguración de una exposición de arte... o imágenes de bañistas en la playa.»

En términos generales el Tribunal ha procurado moverse con cautela en este campo tan delicado y polémico. No se aventura más allá de la forma de pensar de la élite de la opinión pública. No siempre decide según los deseos de uno u otro bando. Rechaza, desde luego, los tópicos de gazmoñería, pero tampoco da por buena cualquier cosa. Esta es, en general, la postura del Tribunal en los casos sobre libertades cívicas. El Tribunal puede condicionar a la opinión pública y a menudo lo hace. Muestra el camino. Actúa como un guía o maestro. Pero no puede ir, solo y por su cuenta, muy adelantado del resto del pelotón.

Ello es así tanto más cuanto que los tribunales tienen un poder limitado. Pueden hacer declaraciones, pero es preciso que alguien las lleve a la práctica. En todo caso, la ejecución es lo esencial. Los derechos que existen en la realidad son más importantes que los derechos que sólo existen sobre el papel. ¿Qué sucede con la doctrina del Tribunal Supremo cuando llega a la calle, a la estación o a las salas de vistas de los juzgados? En términos generales, hay mucha diferencia entre lo ordenado y su ejecución; pero depende del momento, de la materia, de la gente y del lugar el que la diferencia sea escandalosamente grande o tolerable.

Quizás pueda sernos de utilidad este ejemplo del pasado. Se trata del caso *Bailey C/ Alabama*[42], fallado en 1911. Zonzo Bailey era un pobre negro, peón de una granja, que trabajaba en Alabama para un propietario blanco. Abandonó su trabajo en plena época de cultivo y fue detenido por ruptura «fraudulenta» de contrato. Según una ley dictada y pensada para la gente como Bailey, los hechos, en Alabama, constituían delito. Toda la cuestión estaba en atar a la tierra al peonaje negro, al menos durante las épocas de trabajo y evitar, por todos los medios posibles, que dejaran su tarea por las razones que fuera.

El sistema tenía un cierto regusto de servidumbre e incluso de esclavitud. Venía utilizándose desde hacía muchos años. Pero un pequeño grupo de abogados abolicionistas utilizó el problema de Zonzo Bailey a modo de test. Llevaron el caso desde el principio hasta llegar al Tribunal Supremo. Alabama perdió. El Tribunal declaró inconstitucional aquella norma; los magistrados consideraron que formaba parte de un sistema de peonaje, prohibido por el Derecho Federal. Los negros del Sur y sus aliados habían conseguido una gran victoria.

Sin embargo, el problema de base subsistió. Bailey, evidentemente, quedó en libertad. Alabama hizo algunos retoques a su ley e introdujo algunos pequeños cambios en la fachada. Otros estados del Sur se limitaron, sencillamente, a ignorar la sentencia. El sistema laboral del Sur siguió exactamente igual que antes. El peonaje, en el Sur, continuó[43]. En cierto sentido el caso Bailey estaba muy «adelantado a su época». Dio a los liberales una sensación de bienestar, de haber conseguido algo. Pero no hubo ningún movimiento, ninguna organización ni ningún plan que lo continuara; ningún esfuerzo ni voluntad que lo hicieran cumplir. En consecuencia, puede decirse que todo quedó en humo.

Más de cuarenta años después, el Tribunal falló el caso *Brown C/ el Ministerio de Educación*[44]. Puso fin a la segregación racial en las escuelas públicas. Fue también el primero de una serie de casos que prohibieron la segregación en todas partes. Lo que sucedió después del caso *Brown* se acerca mucho a una revolución; revolución incompleta, desde luego, pero revolución al fin y al cabo.

En otras palabras, el caso *Brown* no tuvo el mismo destino que el caso *Bailey*. No se esfumó en la nada. ¿Por qué? No es ni por la sentencia, ni por la doctrina expuesta en ella, ni por la forma en que se redactó, ni por su estilo o habilidad. La respuesta está en otra parte; en unas circunstancias sociales distintas y, especialmente, en el movimiento en pro de los derechos cívicos. Los grandes acontecimientos que siguieron al caso *Brown*, sentadas, marchas, protestas, el constante litigar, la lucha entre el Norte y el Sur, etc., cargaron las tintas de los conceptos expuestos en dicho caso e hicieron de él una realidad operativa. La «revolución» fue posible por la alianza del Tribunal y los ciudadanos: de las fuerzas del Derecho y las fuerzas sociales.

Aquí y en el extranjero

Una última palabra, ahora, sobre el Derecho Constitucional americano como artículo de exportación. Nuestro sistema es antiguo, como suelen ser los demás sistemas, y desde su inicio, sirvió de modelo a otras naciones. Cuando los países de Hispano-américa se independizaron de España adoptaron, en general, constituciones escritas. La Constitución de los Estados Unidos fue una fuente importante de conceptos para esos textos. Desgraciadamente las dictaduras que existen en muchos de esos países convierten las garantías constitucionales en una burla. Las palabras hablan de libertad de expresión, de igualdad y justicia, pero el Estado ignora o suspende esas garantías.

Los países hispano-americanos proceden de una tradición jurídica distinta; son de tradición española y de Derecho Civil. La revisión jurisdiccional al estilo americano les es ajena. Sin embargo, en algunos países (como por ejemplo Colombia y Costa Rica), los tribunales pueden jugar un importante papel constitucional. Entre 1910 y 1953 el Tribunal Supremo de Colombia anuló, total o parcialmente, más de cincuenta leyes. En otros países (Ecuador, Paraguay), nunca ha habido control jurisdiccional[45]. Después de la Segunda Guerra Mundial también Alemania, Italia y Japón promulgaron nuevas constituciones. En todos estos casos hubo una fuerte influencia de las corrientes norteamericanas sobre el sistema constitucional. Después de todo, habíamos ganado la guerra; teníamos al ejército estacionado en las naciones derrotadas. Los regímenes sanguinarios y represivos habían sido derrocados. El Control del poder central era uno de los objetivos de las fuerzas de ocupación.

Las nuevas constituciones contenían preceptos relativos al control constitucional. En Alemania e Italia se creaban «tribunales constitucionales» especiales para el ejercicio de esta potestad. Fue una asombrosa ruptura con las tradiciones nacionales. El Tribunal alemán, después de unos comienzos más bien lentos, muestra en la actualidad signos de «activismo» y ejerce su función con cierta delectación. Así, por ejemplo, al igual que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, ha abordado frontalmente la cuestión del aborto. Pero la ha resuelto en el sentido opuesto: en febrero de 1975, en nombre de los intereses de los no nacidos, protegidos constitucionalmente, anuló las leyes liberales permisivas del aborto[46]. Algunos otros de estos tribunales, surgidos después de la guerra, se han mostrado cautelosos con sus nuevos poderes. El Tribunal Supremo del

Japón estuvo casi inactivo, en materia constitucional, durante sus primeros veinte años; no entró casi nunca a analizar la constitucionalidad de las leyes[47]. Pero esta aprensión puede ir desapareciendo poco a poco. Generalmente, los Tribunales constitucionales (Chipre y Austria, por ejemplo), a medida que pasan los años, tienden a adquirir más poder, a ser más contundentes y a confiar más en sí mismos.

Estas versiones foráneas del control constitucional han llamado, desde luego, la atención de los estudiosos. Se oye hablar mucho de la «influencia americana». Sería un error darle excesiva importancia. Evidentemente, el ejemplo americano ha sido significativo. Pero también es importante el contexto. La sociedad está sufriendo un rápido cambio. Hoy en día vivimos, en muchos aspectos, como formando parte de una única cultura universal. En la mayor parte de los países occidentales la gente viaja mucho más que antes y la riqueza se halla distribuida ampliamente, aunque con desigualdad. Las viejas formas de autoridad decaen muy rápidamente; en ciertos lugares más lentamente que en otros. Los jets, aviones, computadoras y satélites han convertido al mundo en una sola ciudad, al menos en muchos aspectos.

El control constitucional no surgió en los Estados Unidos por arte de magia. Ahora es ya una tradición. Pero no fue este su principio. No existía nada parecido al control constitucional en Inglaterra, ni tampoco en España o Alemania. En este país surgió casi de la nada. Se fue desarrollando porque, de alguna forma misteriosa, funcionaba. Determinadas condiciones sociales (y los instrumentos jurídicos) hicieron posible el modelo americano. Si las mismas condiciones se reprodujeran, por ejemplo, en Alemania o Japón y existiesen los instrumentos jurídicos, cabría esperar un cierto desarrollo paralelo. Las películas de Holywood y la Coca-Cola conquistaron el mundo porque gustaron a la gente. Nadie pretendió imponerlas. Resultó que los ciudadanos de otros países tenían los mismos gustos —buenos o malos— que los americanos. Ello no debería sorprender a nadie. El Control de la constitucionalidad es un artículo más de exportación, parecido a los demás en algunos aspectos, aunque, creemos, de una clase superior.

11

El comportamiento en materias jurídicas

NOS HEMOS DETENIDO durante bastante tiempo para hablar de las normas jurídicas y de las estructuras que sirven para su ejecución. Pero es preciso, una vez más, hacer resaltar que un sistema jurídico es algo más que estructuras y normas. Después de todo, hay que suponer que las normas se cumplen, por lo menos, a veces. El elemento clave de todo sistema jurídico es el comportamiento social; lo que, de hecho, hace la gente. De otro modo, las normas no serían más que palabras y, las estructuras, nada más que una ciudad fantasma en lugar de una ciudad habitada. No se puede entender un sistema legal —incluido el nuestro— sin prestar atención a lo que podríamos llamar el «comportamiento en materias jurídicas».

La expresión «*comportamiento en materias jurídicas*» tal y como lo usamos en este libro, significa el comportamiento que de alguna forma está influenciado por una norma, una resolución, una orden, o un acto de alguien revestido de autoridad jurídica. Si uno se comporta de una forma determinada o cambia su comportamiento de alguna manera a causa de algo ordenado por la ley —o a causa de un acto, de una orden o un mandato procedente de la Administración, del sistema jurídico o de algún funcionario— entonces puede hablarse de comportamiento jurídico. Si al circular por la carretera se observa una señal de limitación de velocidad —o se repara la presencia de un guardia— y se reduce la velocidad, nos hallamos ante un determinado comportamiento jurídico.

También se realiza un comportamiento jurídico, aunque de di-

clase distinta, si después de haber visto al guardia, se aumenta la velocidad a 100 millas por hora para darle esquinazo. Después de todo, también en este caso se está reaccionando frente a algo que sucede dentro del sistema jurídico. Y, desde luego, también nos hallamos ante un comportamiento jurídico cuando se solicita la devolución del impuesto sobre la renta, se demanda a alguien en juicio, se inscribe uno en el censo electoral y en muchas otras ocasiones cotidianas o extraordinarias.

Hay muchas cuestiones interesantes en materia de comportamientos jurídicos. Una de ellas es la siguiente: es claro que unas leyes se cumplen y otras no. ¿Qué explicación tenemos para ello? ¿Por qué la gente respeta determinadas leyes y otras no? Es una cuestión importante por cuanto la mayoría estamos interesados, casi siempre, en que se cumplan las leyes (aunque eso, desde luego, no es cierto en todas partes).

De hecho, habría que delimitar con claridad el sentido que damos a las palabras «obedecer» y «desobedecer» las leyes. Puede llevarnos a una mala interpretación. El comportamiento en materia legal es algo más que una cuestión de obedecer o desobedecer. Un ejemplo podría aclararnos ese extremo. Cuando la vida matrimonial es demasiado accidentada, los esposos piensan a veces en el divorcio. Hoy en día, en casi todos los estados existe el divorcio consensual, que lo hace de fácil acceso. Se trata sólo de presentar los papeles al tribunal, pagar unos honorarios, cumplir algunas formalidades y esperar un poco. Si ninguno de los dos cónyuges arma ningún escándalo —cosa que no suele pasar— el Tribunal declara disuelto el matrimonio; reparte los bienes según lo acordado; provee sobre la guarda y custodia de los hijos, si los hay, y así sucesivamente. Marido y mujer son ya libres para casarse de nuevo.

Evidentemente, toda esa actividad —acudir al tribunal y obtener el divorcio— forma parte del comportamiento jurídico. Ciertamente, los esposos han cumplido con ciertas formas y leyes. Pero difícilmente diríamos que «han acatado» las leyes. Las leyes no ordenan a nadie que se divorcie. Lo que hacen es decirnos cómo obtener el divorcio cuando lo precisamos. Por tanto, no tiene sentido hablar de obedecer o desobedecer la ley en lo que se refiere al ejemplo relatado. Hablaríamos, más bien, de utilizar (o no utilizar) la ley del divorcio. Y, por lo común, exceptuando las leyes penales y algunas disposiciones reglamentarias, el comportamiento en materia jurídica es más una cuestión de utilizar o no las leyes que de acatarlas o no acatarlas.

Y no es que el obedecerlas o no, no sea importante. Está claro que

el sistema jurídico se desintegraría si todos desobedecieran leyes tales como las dictadas contra las conductas violentas o si llegaran a ser tan conculcadas que perdieran del todo su razón de ser. De hecho, hay en nuestro país muchos delitos, ilegalidades y conductas desviacionistas. Pero todavía estamos muy lejos de la anarquía.

Algunas leyes son, desde luego, mucho más respetadas que otras. Hay muchas leyes a las que «nadie presta atención» La ley seca es una de las que a menudo se recuerdan como el mejor ejemplo de una ley importante que fracasó a causa de la desobediencia generalizada. La ley seca, «el noble intento» consistió en una total prohibición de vender o traficar con bebidas alcohólicas. Entró en vigor en 1920. Fue un triste fracaso por muchas razones. Millones de personas siguieron bebiendo de lo lindo. Los contrabandistas y gánsters se hicieron cargo del negocio del alcohol. En 1928 hubo 55.729 denuncias a los tribunales federales por infracciones a la ley de Prohibición Nacional y más de 48.000 condenas. En su gran mayoría consistieron en multas. Las denuncias eran una gota de agua en el mar de las infracciones cometidas. Algunos estudiosos creen incluso que el consumo de alcohol aumentó durante la prohibición. Probablemente no sea cierto, pero el mero hecho de que pueda plantearse tal hipótesis revela que el incumplimiento era, ciertamente, general[1].

La prohibición no es, desde luego, el único ejemplo de una ley ampliamente burlada. A las leyes sobre la marihuana se las ha llamado «Nueva Prohibición». Esta frase formaba parte del título de un libro de John Kaplan, de 1970. Kaplan revela los datos de un estudio sobre una ciudad de California (en 1967-68), en donde el 49% de los muchachos y el 32% de las muchachas, entre los 18 y 24, habían probado marihuana alguna vez. Y, sin embargo, la marihuana estaba estrictamente prohibida[2]. Millares, quizás millones de conductores ignoran el límite nacional de velocidad máxima autorizada (cincuenta y cinco millas por hora). Y, sin embargo, esta norma no es letra muerta; se hace cumplir de alguna manera, aún cuando se haga de forma imperfecta, esporádica o incorrecta.

Hay leyes «muertas» que no están, sin embargo, tan muertas como pensamos. Incluso durante la prohibición muchas personas (¿quizás la mayoría?) respetaron aquella ley. Y aquella ley tuvo un efecto importante sobre el comportamiento jurídico, incluso sobre el comportamiento de aquellas personas que habitualmente la incumplían; cambió la hora, la forma y el modo de beber.

Después de todo, antes de esa ley no estaba prohibido beber a la luz del día, en público. Durante la prohibición había que beber más o menos a escondidas. Hoy en día, incluso en aquellos lugares en donde las leyes sobre drogas se respetan poco, nadie se atreve a encender un porro, en pleno día, delante de un policía. Por la misma razón, a nadie se le ocurre conducir a 100 millas por hora cuando hay agentes de tráfico por los alrededores.

Decir obediencia y desobediencia no es como decir blanco y negro. Hay toda una gama de tonos grises en medio. La limitación de velocidad es un buen ejemplo de ello. La limitación nacional de velocidad es, desde luego, de cincuenta y cinco millas por hora. Pero como suele ser habitual, cincuenta y cinco millas no significa exactamente cincuenta y cinco millas; significa (más o menos) sesenta millas. Mucha gente conduce a sesenta, algunos incluso a mayor velocidad, a sesenta y cinco o a setenta. Técnicamente están infringiendo la ley. Pero, ¿qué pasaría si la limitación se fijara en sesenta y cinco o si no hubiese límite alguno? Sin duda, en ese caso, mucha gente conduciría a setenta y cinco, a ochenta o a noventa en carretera abierta. Por tanto, es probable que la limitación de velocidad tenga algún efecto en el comportamiento de los conductores, aunque no «obedezcan» la ley. Consigue moderar parcialmente su pasión por la velocidad. No sabemos, sin embargo, hasta qué punto.

De modo análogo, ¿hasta qué punto son ineficaces las leyes contra la marihuana? La gente dice, con cierta vaguedad, que estas leyes «no se cumplen en absoluto». Pero, evidentemente, es falso. No tenemos ni idea de cuánta gente fumaría marihuana si el hacerlo fuera perfectamente legal. Siempre hay almas cándidas a quienes disuade una ley, aunque se cumpla poco y siempre habrá personas que se negarán a fumar porque va contra la ley. Por consiguiente, las leyes tienen un verdadero efecto sobre el comportamiento de las personas, incluidos los posibles infractores. La ley influye sobre nuestra conducta, para bien o para mal. La pobre y vieja ley seca que yace en las cenizas de la historia, hizo, probablemente, más mella en el comportamiento social de lo que nadie sospecha.

Lo mismo puede decirse de la mayor o menor utilización de una ley. Existen normas, doctrinas y preceptos que se utilizan o no según la opción que cada uno realice. Una mujer, según crea interesarle o no, puede o no hacer testamento. Desde luego, la ley no recomienda especialmente que se haga testamento. Un estudio realizado en el Condado de Cuyahoga, Ohio (Cleveland) sobre un muestreo de 659 sucesiones registradas en 1964-65 descubrió que el 31% eran «intestadas», esto es, que el causante no se preocupó nunca de hacer testamento[3]. Cuando se rompe un matrimonio los esposos pueden, sim-

plemente, ir cada uno por su lado o pedir el divorcio. De ellos depende.

La ley de divorcio es, en cierta forma, una especie de mercancía; el sistema jurídico la pone a la venta como si fuera una pastilla de jabón o un coche; la gente puede comprarla o no, según desee. Ello depende, en gran parte, del producto y del precio. El divorcio cuesta dinero. También tiene un valor; sin el divorcio nadie puede volver a casarse legalmente y empezar legítimamente una nueva familia. Las normas y el procedimiento de divorcio afectan al costo de la ley y a los beneficios que proporciona. Costo y beneficios determinan si la gente «compra» o no. Ultimamente el divorcio es más fácil y más barato que antes, e incluso gratuito.

Ninguna ley es eficaz al cien por cien. Siempre hay un cierto número de violaciones. El determinar cuántas podemos tolerar varía radicalmente según un tipo u otro de conducta. Tomemos de nuevo la velocidad como ejemplo. Tenemos que sufrir un gran número de infracciones. Ello crea problemas —accidentes, por ejemplo— pero aunque literalmente millones de personas infrinjan esa ley cada día, ello no produce ninguna crisis social.

Comparémoslo con los secuestros de aviones. Hay pocos delitos de esa clase y los cometen un puñado de locos, terroristas o extremistas, etc. El número potencial de esos delincuentes es y será siempre reducido. Pero incluso un índice reducido de delitos (uno de cada mil millones) es simplemente intolerable: sería capaz de llevar el caos al sistema de transportes. La sociedad gasta millones de dólares y dedica miles de horas de esfuerzo en intentar prevenir toda clase de piratería aérea. El índice de tolerancia es muy bajo. Y lo mismo sucede con los asesinatos políticos.

Lo que influye en el comportamiento jurídico

¿Qué podemos decir sobre los factores que influyen en el comportamiento jurídico? Ante todo que la *información* y el *conocimiento* de la ley son esenciales. No tiene sentido decir que se respeta o no una ley; que se utiliza o se elude, si no se tiene conocimiento de ella. En otras palabras, la ley tiene que ser publicada y hay que conocer su contenido.

Para dar a conocer las normas legales es de gran importancia el volumen de audiencia que tengan. Algunas normas legales se dirigen sólo a unas pocas personas; otras se refieren a todo un estamento y algunas a todo el mundo. Si una ley sólo concierne a un pequeño

grupo de personas (a los fabricantes de lápices de labios, por ejemplo) es más fácil hacerla conocer a los interesados, especialmente cuando se les puede localizar e individualizar. Es mucho más difícil y caro el dar a conocer una norma que afecta a todo el mundo.

También es importante la forma de darla a conocer. Algunas normas, de hecho, son de general conocimiento, forman parte de la cultura general tempranamente adquirida. La mayor parte de las normas —y todas las de carácter técnico o de detalle administrativo— deben darse a conocer al público de una forma especial. Hay muchas maneras de hacerlo; una es la del letrero que dice «no fumar»; otra puede ser un discurso del Presidente. Algunas normas u órdenes se dan a conocer al público de forma personal; el agente que, por ejemplo, se sitúa en medio de un cruce, en pleno tráfico y dice a la gente cuándo y cómo circular.

También la forma de la norma está relacionada con el conocimiento que de ella se llega a tener. Una norma específica transmite su mensaje más fácilmente que otra vaga y general. El caso extremo es el del límite de velocidad. Está escrito en grandes caracteres a un lado de la carretera y su mensaje es sencillo y directo: «55 M.P.H.». No hay duda de que esta norma llega al público. En el extremo opuesto existen doctrinas jurídicas sutiles, difíciles y vagamente definidas. El Código Comercial Uniforme, por ejemplo, dispone que los tribunales no deben tener en cuenta las cláusulas contractuales «excesivas»[4]. Sólo los juristas conocen, más o menos, la existencia de tal norma y puede que ni siquiera ellos sepan exactamente lo que significa. No hay forma humana de que pueda llegar a ser conocida de más gente.

El conocimiento del derecho

¿Hasta qué punto los americanos conocen su propio sistema jurídico? Un estudio realizado en Michigan (1973) llegaba a la obvia conclusión de que el ciudadano medio sabía menos Derecho que los estudiantes y que la gente con mejor educación sabía más Derecho que la de educación inferior. Esto no es ninguna novedad, pero al menos confirma lo que todo el mundo piensa. El estudio daba también algunos detalles. La gente parecía tener una mejor comprensión de las materias penales que de las civiles. Veamos, por ejemplo, la siguiente encuesta: «si alguien no contesta a las preguntas de la policía, ¿puede su silencio utilizarse en perjuicio suyo en el Tribunal?». La respuesta correcta es no y la conocía el 82% de los interrogados.

Por otra parte, cuando se les preguntó si un vendedor de automóviles podía recuperar la posesión de un coche aparcado, vendido a un comprador que había incumplido un plazo de pago, el 71% de los encuestados dijeron que sí, a pesar de ser la respuesta equivocada[5].

Una encuesta realizada un poco antes en Texas reveló importantes diferencias, según la clase social, en materia de conocimientos jurídicos.

Es desalentador ver que la gente pobre conoce muy poco sus derechos. Por ejemplo, casi el 40% de los negros de clase baja creían que la policía tenía derecho a registrar sus casas cuando quisiera, lo que, desde luego, no es cierto[6]. Esas respuestas reflejan ya sea simple ignorancia, ya sea un cierto realismo (lo que es aún más triste). Esto es; la gente pobre vive el Derecho de un modo que le lleva a esperar injusticias. Sus respuestas son técnicamente incorrectas, pero acordes con su experiencia.

Conocer el Derecho, como conocer cualquier otra materia, es una cuestión de grado. No nos sorprende el ver que la gente ignora soberanamente el sistema jurídico. La gente tiene un conocimiento práctico del Derecho; suficiente para ir tirando. En general, las personas tratan de conocer, principalmente, las normas que puedan ser relevantes para ellas mismas; su trabajo, su situación y su grupo social. Los taxistas conocen, probablemente, (más o menos) las normas sobre taxis y sobre licencias. Un policía conocerá mejor las normas sobre detenciones que un fontanero. Y el fontanero se sabrá mejor las ordenanzas de la construcción que un policía. El que se dedica a importación y exporación sabe muy poco de licencias de taxis, detenciones o normas de fontanería, pero conoce muy bien el Derecho de importación y exportación. Y así sucesivamente.

¿Qué sucede con las normas que nos conciernen a todos? Algunas son conocidas por la inmensa mayoría. Los aspectos del Derecho que «todo el mundo» conoce son, en cierto modo, los más primitivos; los relacionados más de cerca con las costumbres y reglas generales. Todos los niños de cinco años saben, más o menos, que la ley prohibe robar, que es un delito robar en una estación de servicio. Los detalles de la ley —donde encontrarla y saber exactamente lo que dice— son cosas que la mayoría de la gente puede no saber. Probablemente tampoco sabe ni entiende las distinciones técnicas, tales como la diferencia entre asesinato de primer o segundo grado o los matices que separan el hurto del robo. Sabe que el cheque nominativo tiene que ser endosado (firmado al dorso) para que pueda ser transferido, pero puede no comprender los matices diversos del concepto de «negociabilidad» que subyace bajo la práctica del endoso. Y, sin embargo, las raíces de estas normas forman parte de la vida social de cada día.

Las normas muy básicas y elementales forman parte de la cultura general y primaria. Hasta los niños de la escuela primaria tienen alguna noción de las leyes y de lo que son. En cierta encuesta se preguntó a diversos niños de edades distintas «¿Qué es una norma?» Uno respondió: «Una norma es no ir corriendo por ahí, no pegar a nadie, no romper nada». Otra de las preguntas era: «¿Qué sucedería si no hubiese ninguna norma?». Una niña de segundo grado dijo: «Entonces la gente iría por ahí matando a otras personas, y... robando cosas, y... secuestrando a gente». Estos muchachos tienen, pues, una clara noción de que ciertas conductas están prohibidas (matar, robar). Así lo aprenden en su tierna infancia de sus padres, maestros y amigos; y también en la TV.

Pero, desde luego, no todas las leyes se aprenden así y la mayoría no se aprenden en absoluto. De otro modo no habría necesidad alguna de los abogados y demás juristas. De hecho, nadie puede conocer todas las leyes, ni siquiera el 1% del total. Sólo el gobierno federal publica cada año centenares de nuevos reglamentos, algunos tremendamente complicados. Las leyes y reglamentos nuevos se publican en el Registro Federal, que alcanza miles de páginas cada año. Se trata de un libro muy técnico y aburrido, que uno difícilmente guardaría encima de la mesita de noche. Pero los abogados tienen que estar al día sobre las normas y reglamentos de su especialidad. El abogado que se ocupa de alimentos y fármacos y el especialista en impuestos de sociedades pueden estar seguros de encontrar en él las últimas disposiciones sobre la materia. También se suele usar un sistema de hojas intercambiables para mantenerse al día. Probablemente también lean la doctrina de los procesos más recientes e importantes.

Estos abogados tienen un gran papel en el mundo de los negocios. Son los intermediarios, los agentes de información. Almacenan el conocimiento de las normas legales y lo pasan a sus clientes cuando estos lo necesitan. En este aspecto son, desde luego, como los demás expertos: médicos, mecánicos, ingenieros. Los abogados son expertos en leyes. No son, evidentemente, los únicos expertos en leyes de la sociedad. Los asesores fiscales son expertos en normas impositivas; compiten con los abogados en el mundo de los negocios. Hay muchos otros ejemplos. Probablemente todas las grandes empresas tengan muchas personas a su servicio para estar al día sobre normas

y disposiciones de una u otra clase: normas laborales, mercantiles, reglamentaciones de todas clases. Algunas de estas personas son abogados, otras no.

La mayoría de la gente tiene un conocimiento práctico de las leyes más esenciales; los abogados y los expertos se ocupan de las demás. Pero como ya nos mostraba aquella encuesta de Texas, no podemos sentirnos satisfechos. Existen grandes lagunas de desconocimiento que pueden ser socialmente destructivas. Un mayor desarrollo del conocimiento del Derecho y del proceso jurídico sería, en general, muy útil, aunque sólo fuera para la educación del electorado y para convertirle en un mejor juez de la política. La ignorancia y la mala información pueden ser peligrosas para la salud social.

Los errores en el conocimiento de las leyes han demostrado tener, en alguna ocasión, funestas consecuencias. El libro de Joseph Wambaugh «The Onion field» (1973) es el relato de un crimen, de un brutal asesinato, de un policía en California. Según Wambaugh, el asesino no entendió bien la «ley Little Lindbergh». Era una ley sobre el castigo por secuestro de rehenes. El asesino creyó que ya había cometido aquel delito y que podía conducirle a la cámara de gas, sólo porque había secuestrado a un policía. De ser cierto, ya no podía sucederle nada peor si mataba a aquel hombre y podía salir beneficiado al eliminar un testigo. Fue un error sobre el contenido de la ley que le condujo a un asesinato inútil.

La gente tiene, probablemente, muchas creencias e ideas equivocadas de las leyes. Ello constituye, hasta cierto punto, en cada grupo social, incluso en el nuestro, una especie de folklore jurídico. El folklore viene de que las nociones que tenemos del Derecho, por una u otra causa, carecen de fundamento o están deformadas. Hay personas que creen que no es legal firmar con lápiz un documento. De hecho es perfectamente correcto, aunque por razones obvias, no sea una buena idea. O los hay que creen que no está permitido marcharse de un hospital sin pagar la factura. Un hospital no es una prisión y no pueden retener a nadie como prisionero. El folklore sobre el Derecho americano es un tema inquietante que nadie, aparentemente, ha explorado en forma metódica.

Las sanciones

Supongamos que la norma o disposición legal ya ha llegado a conocimiento del público. La gente la conoce, al menos, suficientemente para comprender el comportamiento que se espera de ella.

Llegado este punto, a cada persona le corresponde escoger el respetarla o no; utilizarla o no. ¿Qué es lo que van a elegir? Veamos, para simplificar, lo que sucede con el respeto de las leyes penales.

Ante todo hay que decir que quizás no exista en el país ninguna ley o norma que todo el mundo respete siempre. Si existiera, no habría motivo alguno para convertirla en ley; la gente la respetaría por su propia voluntad. Asimismo, es difícil creer que exista una norma o ley que todo el mundo infrinja. Casi todo se reconduce a un término medio. Este término medio es, desde luego, muy variable. Todos los conductores han infringido alguna vez alguna norma de circulación, y, probablemente, a menudo. Por otro lado, poca gente (por fortuna) ha intentado alguna vez asesinar a alguien.

¿Qué es lo que lleva a la gente a realizar una determinada opción? ¿Qué les empuja a obedecer o a desobedecer una norma? ¿Por qué determinadas leyes se respetan más que otras? La explicación más común y más simple es la que se refiere a las «sanciones»; esto es, a los premios y castigos. La gente respeta las leyes porque teme lo que va a suceder si las infringe. En otras palabras, las leyes y las sanciones disuaden.

El término *disuasión* evoca determinadas imágenes: nos hace pensar en multas, prisiones y otras formas de castigo. Sin embargo, el término *sanción* comprende algo más que castigos. Su lado positivo (premios, incentivos) es menos evidente porque las novelas ponen el acento en el Derecho penal y cuando, de alguna manera, pensamos en el Derecho, tenemos tendencia a ver siempre el aspecto penal. Los incentivos son, sin embargo, una parte importante del sistema jurídico. La Administración gasta, a todos los niveles, miles de millones de subvenciones. Con el fin de que la gente ahorre energía, se dan estímulos fiscales para aislar las viviendas en lugar de meter a la gente en la cárcel si se niega a colaborar. Si los agricultores cultivan demasiado algodón o cacahuetes, les damos dinero para que pongan sus tierras en barbecho.

El Derecho utiliza mucho los incentivos, especialmente los estímulos fiscales y las subvenciones.

¿Funcionan los premios y castigos? La respuesta es, en términos generales, sí. Hay infinidad de ejemplos en la experiencia diaria y en las obras de los especialistas. Supongamos, por ejemplo, que en cierta Facultad Universitaria se infringen desvergonzadamente las normas de aparcamiento. Si la Universidad eleva el importe de las multas e incrementa su dotación policial, el índice de infracciones, sin duda alguna, descenderá[8].

Podemos dar por seguro que si tomamos una norma determinada que prevé alguna clase de pena para el infractor y elevamos la pena, manteniendo iguales las otras variables, el nuevo nivel de castigo aumentará el efecto disuasorio. Esto es, habrá gente (no todo el mundo) que se abstendrá de una determinada conducta por miedo al castigo. De modo análogo, un incremento del premio estimulará determinada conducta si los demás factores permanecen constantes. Si el Estado ofrece diez dólares por una piel de coyote, obtendrá determinado número de pieles. Si aumenta el premio a mil dólares la piel, y lo demás permenece invariable, se obtendrá un mayor número de pieles. Si elevamos el importe de la multa por aparcamiento excesivo de cinco a veinte dólares, permaneciendo constante la vigilancia, habrá personas que se lo pensarán dos veces antes de infringir esta norma. Si nos poenmos muy serios y empezamos a quitar coches con la grúa, todavía conseguiremos mejores resultados.

Todo esto es evidente. Los problemas reales son más difíciles y complejos. Sabemos que la amenaza del castigo disuade a la gente, pero no sabemos hasta qué punto en cada caso concreto. Tampoco podemos saber a quien vamos a disuadir y por qué. Y, sin embargo, estas cuestiones son esenciales. Hay una polémica encarnizada sobre si la pena capital constituye o no una disuasión efectiva o suficientemente eficaz como para que valga la pena mantenerla. El Tribunal Supremo, en el caso *Furman C/ Georgia*[9], dejó sin efecto en todo el país, por cinco votos contra cuatro, las leyes que contemplaban la pena de muerte. Thurgood Marshall, uno de los cinco magistrados que constituyeron la mayoría, afirmaba que la pena de muerte no podía justificarse, en parte, porque no disuadía. Algunos estudiosos están de acuerdo con Marshall; otros disienten. Un economista, Isaac Ehrlich, llegó incluso a sostener que cada ejecución evitaba de unos ocho a veinte asesinatos[10]. Otros investigadores ponen en duda muy seriamente estos argumentos, nada plausibles.

La pena de muerte es también una cuestión emocional; los sentimientos influyen mucho en una u otra postura. No es fácil obtener hechos concretos de las emociones. La situación podría resumirse así: la pena de muerte, en términos generales, disuade; esto es, tiene realmente impacto en el comportamiento. Si un dictador anunciara de repente que fusilaría a cualquiera que circulase por la calle después de la puesta de sol, y la amenaza fuese seria, la gente correría a la desbandada a refugiarse tan pronto como el sol empezara a declinar. Es absolutamente evidente.

Pero esta no es la verdadera cuestión. La cuestión no está en saber si la pena de muerte es eficaz en comparación a la ausencia total de pena.

Nadie dice que haya que dejar en libertad a los asesinos o castigarles con unos azotes en la palma de la mano. La cuestión es saber si la pena de muerte añade un efecto disuasorio *extra* comparada con la cadena perpetua o con una larga reclusión celular. Ahora bien, en el caso de que aumente la disuasión ¿lo hace en grado bastante para que valga la pena mantenerla? Disponemos de poca información sobre este punto. La pena de muerte ha sido poco común en este país durante la pasada generación, y no hay modo de saber hasta qué punto entra en el cálculo de los criminales potenciales. Muchas personas se oponen a la pena de muerte por motivos morales. Las cuestiones de ética no tienen, desde luego, una respuesta científica. Pero ello no significa que no sean importantes.

Estamos hablando sobre la forma en que el castigo disuade a la gente, pero a lo que nos referimos en realidad, es a la amenaza del castigo. Después de todo, hay muy poca gente que, de hecho, vaya a la cárcel. La doctrina penal nos habla de dos clases de disuasión: la «general» y la «especial». La disuasión general es la que produce sus efectos de antemano; la gente respeta la ley porque sabe que existe la pena. La disuasión especial se produce después del hecho; el delincuente es aprehendido y encarcelado. Si «aprende la lección» y se comporta bien, decimos que ha sido especialmente disuadido[11].

La disuasión general es más importante que la especial. El encerrar a un ladrón puede quitarle las ganas de robar o no. De hecho hay montones de reincidentes. No obstante, lo que puede hacer el ladron es mucho menos importante que el supuesto efecto de la cárcel y la pena en millones de otras personas que se lo pensarán dos veces antes de robar. El Servicio Interno de la Renta suele inculpar cada año, poco antes del 15 de abril, a algunos evasores del impuesto, con un gran despliegue de publicidad. Se hace con el propósito de una disuasión general, llevando el temor de Dios, por así decir, al ánimo de los contribuyentes. Probablemente funciona.

Lo que importa no es, desde luego, la sanción en sí misma, sino lo que la gente pueda saber o pensar de la sanción; la noción y la idea que de ella tengan. Un sistema de sanciones totalmente secreto, suponiendo que fuera posible, no cambiaría el comportamiento de nadie. Este es el punto débil en una gran parte de las investigaciones sobre la disuasión. Los estudiosos han tratado de demostrar que las penas duras hacen descender el índice de criminalidad. Como no pueden hacer pruebas experimentales, tratan de buscar pruebas en la

vida real. Comparan, por ejemplo, la situación de dos o más estados. Miran cuál es el término medio de duración de las penas de privación de libertad en el estado A y lo comparan con el del estado B; luego observan el índice de criminalidad en ambos estados. ¿Tiene menos delitos el estado más severo?[12].

El sistema no es, sin embargo, fiable. En primer lugar los índices de criminalidad no son, en ningún estado, fáciles de medir. Comparar los índices es problemático. En segundo lugar, además del castigo, influyen en los índices de criminalidad toda clase de factores diversos. En tercer lugar, salvo cuando las diferencias en la duración de las penas entre estados son extremadamente grandes, los delincuentes las desconocen. Supongamos que en el estado A las sentencias a penas de prisión sean, por término medio, un 12% más duras que en el estado B. Si los ladrones y delincuentes desconocen la diferencia de nivel no puede esperarse tampoco diferencia alguna en el comportamiento de los criminales potenciales en ambos estados. Y si se precisa todo un equipo de sociólogos para averiguar con precisión los niveles de dureza de un castigo, ¿podrá un ratero o ladronzuelo conocer estos mismos hechos por simple intuición?

El reverso de esta cuestión es un efecto similar al del fantasma o del espantapájaros. Se disuade a la gente con sanciones que no se aplican en realidad, sino que sólo están en el pensamiento. Este «efecto del fantasma» fue hallado en un estudio realizado sobre los delitos en el Metro de Nueva York. Cuando el Ayuntamiento ponía más policía en los vagones del metro, el índice de delincuencia disminuía, incluso en las horas en que, de hecho, no había policías[13].

Evidentemente, no es probable que el efecto del fantasma dure mucho tiempo; desaparecerá tan pronto como la gente conozca la verdad[14].

Cuando se habla vulgarmente de la pena por un delito en concreto, se suele pensar en la pena oficial; esto es, la que figura en el Código Penal («cinco años de prisión»). Pero la pena puede ser mayor o menor. La pena la forma parte de un proceso complejo —todo un conjunto de acontecimientos— que se pone en marcha con la detención de culpable. Es el caso, por ejemplo, de cuando se sorprende a una mujer robando en una tienda y se la lleva a un lugar extraño que infunde temor; permanece en una celda fría y sucia; su nombre aparece en los periódicos; falta a su trabajo; puede perder su empleo y sus vecinos se ponen a murmurar sobre lo sucedido. Todo esto puede pasar aún en el caso de que la policía, la acusación o el jurado la suelten al final sin «pena» alguna. Como decía Malcolm Feeley en un trabajo sobre el Tribunal de New Haven, «en los pequeños juzgados de lo penal el proceso mismo es ya la primera pena»[15].

El proceso *es* una pena, no hay duda; ello hace aún más difícil poder comparar los efectos disuasorios fuera de los límites del estado. Es fácil, por ejemplo, compara los artículos del Código de Connecticut con el de Mississippi; todavía es posible, aunque más difícil, comparar las verdaderas penas. El que le cojan a uno hurtando en de uno y otro estado; pero es mucho más difícil, casi imposible, comparar las verdaderas penas. El que le conjan a uno hurtando en una tienda, puede representar mayor vergüenza en un pueblecito que en una gran ciudad, en donde la vida se vive más en el anonimato. Ni siquiera «un año de prisión» es lo mismo en todas partes. Algunas prisiones son más duras que otras. Hay establecimientos penitenciarios de máxima seguridad, donde la vida es tan dura y brutal como afuera, en el exterior. Algunas prisiones están sucias y llenas de corrupción, y sus guardianes son unos viciosos. Los reclusos son tiranizados y violados. Luego, también están las prisiones «modelo», bien dirigidas, con más libertad y humanidad. Esta variante de la pena que inflige la prisión tendría que notarse, al menor en teoría, tanto en la disuasión general como en la especial.

En el fondo la disuasión es sobre un concepto sociológico. Es tratar de adivinar como va a reaccionar la gente frente a ciertas expectativas. Obviamente, varía con las personas. No todo el mundo reacciona igual. La pena, por ejemplo, es un estigma: causa vergüenza. Pero el impacto que pueda producir ese estigma es muy variable. Una detención puede arruinar la vida de un comerciante respetable. Puede humillarle hasta el extremo del suicidio. Por otro lado, un joven y experto ladrón callejero puede considerar la detención como el costo de su negocio. Todas las suposiciones son, por lo menos, plausibles.

Hoy en día la gente está seriamente preocupada por la criminalidad. Qué duda cabe que el problema es grave; hay una explosión delictiva en nuestra sociedad; robos, atracos, incluso asesinatos. Tampoco hay duda de que el índice de criminalidad ha dado un gran salto desde los tiempos de la segunda guerra mundial. Puede que, de hecho, se trate, en mayor o menor medida, de una tendencia universal. Los índices de criminalidad de Londres, Estocolmo y Sidney, en Australia, aunque muy inferiores a los nuestros, también han crecido fuertemente en ese período, según revelan los datos de una encuesta[16].

¿Qué hay que hacer con la delincuencia? Para muchos la solu-

ción es clara: aparetar las tuercas. La pena disuade; necesitamos mayores penas. La idea es simple y atractiva. La cuestión es esta ¿podría funcionar? ¿resultaría?

Nos guste o no, el apretar las tuercas es algo más fácil de decir que de hacer. El poder legislativo puede intentar endurecer el sistema, pero no puede hacer durar las penas eternamente. El legislativo no persigue ni detiene delincuentes; no los lleva ante los tribunales, ni gobierna las cárceles. Los elementos individuales del sistema pueden contrarrestarse unos a otros. El sistema, repetimos, es como una manguera agujereada.

La cuestión está cada vez más clara. En sus trabajos sobre la reforma de la justicia penal, Malcolm Feeley encontró muchos ejemplos reveladores del fracaso del sistema. En un interesante ensayo, Laurence Ross analizaba los estudios hechos sobre las penas impuestas, en materia de circulación, a conductores imprudentes o en estado de etilismo; la mayoría de las penas impuestas fracasaron. Cuando se hace un movimiento en determinada dirección para controlar la libertad de acción, ésta, simplemente, se desplaza a otro punto. «Si se coge a una serpiente por un anillo, su cuerpo puede culebrear más enérgicamente aún por los demás»[17].

Es el problema, diríamos, de «los mandos intermedios». Se cree a veces que la ley o la norma es una simple orden que va directamente y de forma ininterrumpida de alguno de los mandos (por ejemplo del legislativo) al sujeto destinatario, que se supone debe oirla y obedecerla. Pero, de hecho, pocas veces este proceso es así de sencillo, al menos en nuestro sistema jurídico. Es un proceso que se parece más bien a las cadenas de las moléculas complejas. Cuando el legislativo establece una pena de prisión más larga para el tráfico de drogas, lo que hace es enviar un mensaje a los escalones inferiores de la cadena de mandos. Los comisionados de cada nivel (los mandos intermedios) pueden comprenderlo mal, desviarlo, derivarlo, hacerse los remolones o frustrar su finalidad. Y pueden hacerlo consciente o inconscientemente. Es un problema general de la burocracia, especialmente grave en la justicia penal, por ser el sistema tan suelto y poco coordinado.

El «apretar las tuercas» presenta otro problema. El profano olvida que la pena puede significar un fracaso en sí misma; puede tener efectos secundarios perniciosos. En teoría, una prisión brutal y corrompida debería producir un mayor efecto disuasorio que una prisión tipo «club de campo»; pero también puede convertir a sus huéspedes en peores criminales, en personas con tendencia a volver a delinquir cuando salgan. Así, solemos decir que los reformatorios y prisiones de jóvenes son las escuelas del crimen; de ser cierto, ello constituiría otro efecto secundario de la dureza sancionadora. Después de todo, la libertad vigilada no es una escuela del crimen.

La vergüenza y el estigma que producen los antecedentes penales también constituyen, en teoría, una pena y deberían producir un efecto disuasorio suplementario. Pero tampoco da buen resultado en la práctica. Este estigma puede cerrar tantas puertas que el ex-recluso se ve abocado otra vez al crimen. Elliott Currie, entre otros, ha sugerido que, en su lugar, se establezca un sistema de incentivos consistente básicamente en más y mejores puestos de trabajo. Puede resultar cuando falla la dureza excesiva[18].

La curva de la disuasión

Hemos de mencionar todavía otra cuestión relativa a las penas e incentivos. Damos ya por sentado que si aumentamos la amenaza de la pena, o la pena misma, obtenemos un efecto preventivo suplementario. Es decir, si fijamos la multa por aparcamiento en diez dólares en lugar de cinco habrá menos infractores. ¿Pero podemos decir cuántos menos? Sencillamente, no. Depende de la clase social, de las circunstancias y de las personas de que se trate. Incluso sabiendo todo eso, tampoco podemos predecir el incremento disuasorio que obtendremos con una pena más severa. Una cosa está clara; que la relación no es simple y lineal. El doblar la multa no implica doblar sus efectos. Ello puede o no producirse. Pueden aumentar mucho más del doble o mucho menos. No hay forma de saberlo de antemano.

Sin embargo, en ciertos casos, el gráfico de los efectos tiene, más o menos, forma curvilínea. Supongamos que la multa por aparcamiento excesivo en Main Street sea de cinco dólares y supongamos también que la policía sorprende a uno de cada tres infractores. Supongamos, en fin, que la mitad de los conductores infrige esa norma. Tienen dos posibilidad contra una de ser multados, y, si lo son, la multa es pequeña (admitamos, para complicar la cuestión, que los conductores conocen estos datos). ¿Qué sucedería si, manteniéndose el mismo nivel de vigilancia, aumentaremos la multa a cincuenta dólares? ¿obtendríamos un cumplimiento de la norma diez veces superior? Casi seguro que no. La mitad de los conductores ya vienen cumpliéndola, a pesar de la cuantía ínfima de la multa. O es porque ya están disuadidos o porque, por otras razones, son fieles cumplidores de la ley. En otras palabras; sólo nos interesa la otra mitad de los conductores. Puede que sea un grupo mucho más reacio.

Sin embargo, cincuenta dólares ya es dinero. No podemos esperar un efecto diez veces superior pero sí obtener mejores resultados. Supongamos ahora que sólo uno de cada cuatro conductores infringe la norma. Elevar la multa a cien dólares disuadiría a unos cuantos más, aunque, probablemente, no a muchos, puesto que sólo quedarían los duros de pelar. Para llegar hasta estos, tendríamos que empezar a usar la grúa. Esto ya es dar un gran salto adelante. Los infractores de las normas de aparcamiento van a tener que pagar una fuerte multa y dar un gran recorrido por la ciudad para ir a buscar su vehículo; un grave perjuicio. Sin embargo el sistema de la grúa aportará pocos cambios, pues ya no queda casi ningún conductor por disuadir. La curva ya se ha nivelado. Si aplicamos castigos aún más severos —quitar los permisos de conducir o encerrar a los infractores— sólo obtendremos un resultado ridículamente bajo. Quedan ya demasiado pocos por disuadir. En un momento dado la curva se vuelve casi totalmente recta.

Apliquemos esos razonamientos a un delito más grave; por ejemplo la violación. La pena por violación —suponiendo que la mayoría de violadores sean aprehendidos— es de, digamos, cinco años de prisión. Esto ya es muy serio. La mayoría de los hombres no son violadores. Los violadores son personas enfermizas, violentas. Son pocos comparados con el resto de la población. La moral y el miedo al grave castigo previenen contra muchas violaciones. Sólo quedan pocos por disuadir con otros medios. Algunos de estos son muy rebeldes; de hecho, personas enfermas, con problemas para controlar sus impulsos violentos. Si aumentamos la pena al doble y la mantenemos obtendremos un efecto disuasorio adicional algo mayor, pero probablemente, no mucho más. La curva ya se ha enderezado. El efecto de una pena mayor no es, teóricamente, nunca igual a cero, pero para algunos delitos, en la práctica, el efecto se acerca mucho a cero. Si hemos llegado o no a este punto para un determinado delito como, por ejemplo, la violación, es una cuestión difícil de decir.

La pena capital

El debate sobre la pena capital es tan fuerte y apasionado que vale la pena que nos detengamos un poco en él. Para mucha gente lo básico es el aspecto moral. Están en contra de matar a un ser humano, prescindiendo del posible efecto disuasorio. De modo parecido, cientos de personas apoyan la pena capital prescindiendo de los

los resultados; creen que los asesinos merecen la muerte por un principio de justicia. Pero hay un amplio grupo en medio que estarían a favor o en contra según si dicha pena fuese o no eficaz.

¿Se puede evitar que la gente cometa más asesinatos por miedo a la horca, la cámara de gas, la silla eléctrica o el pelotón de ejecución? (El asesinato es, prácticamente, el único delito que queda en este país castigado con la pena de muerte). Nuestro índice de homicidios es escandalosamente alto. Nos matamos los unos a los otros a un ritmo preocupante si lo comparamos, por ejemplo, al de los japoneses o belgas. Por lo demás, hoy en día, el número de homicidios es mucho mayor que en el pasado. Puede que la violencia sea tan americana como la tarta de manzana; cada vez vamos a por más tarta. En Philadelphia, por ejemplo, entre los años 1839 y 1901, sólo hubo, al año, una media de tres personas acusadas de homicidio por cada cien mil habitantes. No obstante, entre 1969 y 1971, los acusados de homicidio se elevaron a 1.499, con un índice del 25,7 por cien mil[19]. Las estadísticas de la Administración dan alrededor de 8.000 víctimas por homicidio en todo el territorio nacional en 1950 y más de 20.000 en 1978[20]. Estas cifras son algo problemáticas, pero las diferencias entre los distintos períodos son tan grandes que no hay duda de la tendencia general. Estamos en la edad de oro del crimen.

La delincuencia es un escándalo nacional, y sin embargo el verdadero número de asesinos es, a pesar de todo, bastante reducido. No es difícil ver las razones: los escrúpulos morales, el miedo a la venganza y la probabilidad de un severo castigo, exceptuando la pena de muerte, son más que suficientes para tenernos a la mayoría apartados del crimen violento. En otros términos: la curva ya está muy enderezada. Ello no quiere decir que el efecto disuasorio añadido que pueda tener la pena de muerte sea, forzosamente, pequeño. En otras palabras, se pueden alegar muchas razones en contra de la pena de muerte; los escrúpulos morales o sociales y los efectos secundarios que produce, pero también la de que quizás ya no tenga mucha eficacia. Ya no es preciso discutir si la pena de muerte es o no disuasoria. Es en principio cuestionable y sin apoyo sólido alguno.

La mayor parte de las discusiones sobre la pena de muerte son, hasta cierto punto, inútilmente abstractas. Ignoran los hechos de esta sociedad en concreto. La pena de muerte puede ser eficaz en determinadas sociedades que la utilizan de manera expeditiva, implacablemente y con frecuencia. No puede ser eficaz en los Estados Unidos donde, forzosamente, se aplica pocas veces, con lentitud y sujeta a

controversias. Pero es un argumento que se pierde en el griterío de la discusión.

Una amenaza que pretenda disuadir tiene que ser real. Si por aparcar en un determinado lugar prohibido se pone una multa cada treinta años, no es lógico pensar que la gente tenga miedo de aparcar en aquel lugar. En este país la pena de muerte se aplica muy raras veces y en el transcurso de los años se ha hecho más rara todavía. Ello comporta el que, probablemente, su efecto disuasorio sea mínimo. Para darle más fuerza, sería preciso aplicarla bastante más a menudo, aunque no fuera fácil decir cuán a menudo exactamente. Pero por ser tan polémica, es improbable que ello suceda alguna vez en este país, al menos en un futuro predecible.

Un poco de historia puede ilustrar este punto. En este país la pena de muerte no fue tan común como en Inglaterra u otras naciones. En el pasado estuvo, desde luego más generalizada que ahora. En los tiempos de la Revolución se podía colgar a la gente por docenas de delitos. En Carolina del Sur había, en 1813, 113 delitos que acarreaban la pena capital. Por los años 1850, la lista quedó reducida a 22[21]. Los estados del Norte eran más moderados con la pena capital. En la práctica, sólo el asesinato y la violación se castigaban con la pena de muerte. Ya a principios del siglo XIX apareció un movimiento para abolirla. Algún estado —Wisconsin es uno de ellos— no llegaron a tenerla nunca.

Una cosa es la ley escrita y otra muy distinta los casos de personas realmente ejecutadas. También aquí el Sur fue más prólijo en condenas a muerte que el Norte. Las principales víctimas fueron los esclavos. Entre 1800 y 1855, en Carlina del Sur, fueron ejecutados 296 esclavos: 64 por asesinato, 46 por insurrección, 31 por robo, 28 por agresión, 17 por incendio y 21 por envenenamiento (se desconoce el delito concreto en 72 de los casos). Por el contrario, en Massachussets, con una población blanca dos veces superior a la negra de Carolina del Sur, sólo se ejecutó a 28 personas entre los años 1801 a 1845[22]. Menos de una por año.

La opinión pública, especialmente la del pasado, es desconocida e intangible. Desde luego no había encuestas Gallup en el siglo XIX. Aunque algo sabemos de cómo funcionaba el sistema entonces, así como de la retórica de los debates públicos. El funcionamiento del sistema y los debates públicos nos indican que el respaldo a la pena capital viene sufriendo, en América, un largo declive. El número de personas realmente ejecutadas ha bajado drásticamente. En la década de 1930 fueron ejecutados 1.667 delincuentes. En 1951 aún hubo 105 ejecuciones a la pena capital. En 1966 hubo sólo una. Desde entonces la pena capital casi ha desaparecido, aunque no del todo.

La razón principal ha sido el éxito de la campaña legislativa contra la pena de muerte. En 1972, en el famoso caso *Fruman C/ Georgia*[23], el Tribunal Supremo dejó caer la bomba. El Tribunal declaró inconstitucional toda disposición legal que implicara la condena a la pena de muerte y barrió de un plumazo toda la discusión sobre el tema. Fue una sentencia sorprendente que salió por los pelos: sólo consiguió una escueta mayoría de cinco magistrados sobre nueve y la sentencia es tan heterogénea que es difícil decir con exactitud lo que realmente se declara y por qué. De hecho, cada magistrado emitió un voto particular.

Unos magistrados opinaron que la pena de muerte era «cruel e inusitada» o que de alguna manera se había convertido en cruel e inusitada con el transcurso del tiempo y la evolución de la sociedad. Según la Enmienda octava, ello convertía a la pena de muerte, en anticonstitucional en todas las circunstancias. La mayoría de los jueces no compartieron esta opinión. de hecho la mayoría —los cinco magistrados del grupo ganador— dieron toda clase de argumentos y también cayeron en algunas contradicciones. Uno de los puntos básicos fue el de que su aplicación resultaba demasiado discrecional. Así, la pena de muerte se aplicaba de manera arbitraria, imprevisible y casi irracional. También se abatía con excesivo rigor sobre los negros, los oprimidos y los marginados. Algunos magistrados alegaron que era poco disuasoria, o que era inmoral o que la opinión pública ilustrada le había vuelto la espalda, etc., etc.

Algunos de estos argumentos se apoyaban, al menos en parte, en razones empíricas, en constataciones de hechos. Por ejemplo, ¿es realmente cierto que la pena de muerte ofende a la opinión pública «ilustrada»? No hay, desde luego, modelo alguno para definir esa «ilustración». Lo que para unos es ilustración para otros es insensatez y fanatismo. En cualquier caso una cosa parecía clara: después del caso *Furman* la pena capital estaba muerta, al menos por el entonces.

Sin embargo, no estuvo muerta mucho tiempo. El creciente índice de criminalidad le dio nueva vida. Aparentemente, la opinión pública (ilustrada o no) cambió; la pena de muerte empezó a tener mejores resultados en las encuestas de opinión. La mayor parte de los legislativos de los estados mostraron su disconformidad con la sentencia del caso *Furman* de la manera más directa posible: dictaron nuevas leyes que establecían otra vez la pena capital. Habían de tener

en cuenta la sentencia *Furman* y trataron de redactar unas disposiciones legales más suavizadas. En ese aspecto, al menos, la sentencia tuvo fuerza y eficacia. Pero no consiguió zanjar la cuestión.

En 1976, el Tribunal Supremo vio una serie de casos sobre la pena capital. El más importante fue el caso *Gregg C/ Georgia*[24]. En muchos aspectos el resultado fue tan caótico como en el caso *Furman*. El Tribunal se escindió totalmente y los magistrados emitieron muchos votos particulares. El Tribunal pasó revista a varias leyes de nuevo cuño. Algunas fueron aceptadas y otras no. La mayor parte de los magistrados no quisieron dar el último paso aboliendo la pena capital de forma decisiva y absoluta y para todos los casos.

Por lo demás, la doctrina es aún muy oscura. Las últimas sentencias no han aportado mucha luz, que digamos.

Mientras tanto los parlamentos no han permanecido ociosos. La cuestión todavía está viva y políticamente muy activa. En muchos estados se promulgan nuevas leyes en cada sesión. Algunas son vetadas por los Gobernadores. Algunos de estos vetos son, después, anulados. Hay un sinfín de casos judiciales. Cada vez hay más condenados a la pena de muerte. Pocos de ellos son ejecutados; montones de recursos, reclamaciones, resoluciones y peticiones se acumulan día tras día. Mientras tanto, desde 1976 hasta la fecha en que escribimos (1984), se ha ejecutado a más de una docena de personas, empezando por Gary Gilmore en Utah, que (al final) tuvo que resignarse. El sexto, Charles Brooks fue ejecutado en Texas, en diciembre de 1982, con una inyección letal; una nueva forma de ejecución. El ritmo creció algo en 1983 y 1984 y algunos observadores esperan que el número de ejecuciones aumente en el futuro.

En los dos lados de la polémica hay fuerzas potentes y activas. La pena de muerte es el lema que agrupa a la gente de «ley y orden». Los enemigos declarados de la pena de muerte se enfrentan con ellos a cada paso. El resultado es una especie de tablas. La pena de muerte sigue figurando en los códigos de la mayoría de los estados, pero no se aplica con frecuencia y no es fácil de llevar a la práctica. No se puede ejecutar a nadie de una forma expeditiva y sin problemas, por muy criminal que sea y por odioso que sea su crimen. Ya en la década de 1950 se podía aplazar una ejecución durante años; los trámites legales parecían no tener fin. Un ejemplo famoso fue el caso de Caryl Chessman. Chessman fue sentenciado a muerte en California, el 21 de mayo de 1948. No fue hasta doce años más tarde, en mayo de 1960, cuando perdió su última esperanza y murió en la cámara de gas.

Hoy en día hay muchos casos Chessman; hombres que han pasado años (algunos diez o más) condenados a muerte, luchando contra su destino. Para casi todos ellos el fin de sus penas, en un sentido o en otro, es todavía incierto. Pero, mientras tanto, su número crece. Más de mil condenados tienen la pena de muerte colgando sobre sus cabezas. Siguen esperando y luchando en los Tribunales.

En un sentido genérico *no* existe la pena de muerte en los Estados Unidos, al menos no en una forma reconocible por los Padres Fundadores. Lo que hay es «una apariencia de pena de muerte», enzarzada en tantos nudos polémicos que es difícil saber como podrá llegar a deshacerse de sus ataduras.

Una pena de muerte de este tipo no es, ciertamente, mucho más disuasoria que una verdadera sentencia de cadena perpetua; esto es, la reclusión de por vida sin posibilidad de libertad vigilada. Una auténtica pena de muerte, para ser efectiva y repercutir sobre la conducta de los delincuentes, tendría que ser más segura y expeditiva.

Sin embargo, una pena de muerte así no tiene, por el momento, demasiadas posibilidades. La oposición es todavía muy fuerte. Hay demasiada gente (incluidos jueces y jurados) que encuentran a la pena de muerte terrorífica, horrenda, extrema. No hay duda de que muchas de las personas que en las encuestas se pronuncian a favor de la pena de muerte se echarían atrás si, de hecho, formaran parte de un jurado. Nuestra tradición del «debido proceso», a pesar de sus deficiencias, no permitiría ningún tipo de solución «sucia y expeditiva». ¿Se atrevería alguien a negar una amplia apelación y revisión a un condenado a muerte?

De este modo la situación actual es confusa, incierta, interminablemente compleja y con un resultado frustrante para los dos grupos en disputa. Ambos grupos se quejan y protestan y no hay duda de que ninguno de ellos puede, por el momento, obtener una victoria sustancial y decisiva. Y, sin, embargo esta situación no refleja más que la realidad social de cada día. En la sociedad hay dos clases de mentalidad sobre el tema. El Derecho refleja fácilmente la indecisión de los ciudadanos; su desacuerdo y sus dudas, al igual que refleja sus convicciones más profundas.

La pena de muerte es un ejemplo extremo de una cuestión más general; la de la teoría de la prevención y, al mismo tiempo, muestra los problemas que surgen en la aplicación del plan, tan popular hoy en día, de hacer más eficaz el sistema jurídico endureciendo su contenido. En los últimos años, varios estudiosos han trabajado en la teoría de la prevención. Se inclinan a creer que la prevención no es una mera ficción; si elevamos realmente las penas es seguro que lo-

graremos disuadir a un cierto número de delincuentes, al igual que una subida de precios asustaría a los compradores. Pero esta condición es, en el mundo real, muy difícil de lograr. La «severidad» es más fácil de proponer que de llevar a la práctica. El sistema es demasiado complejo para que pueda moverse fácilmente y con rapidez. Las leyes muy severas pueden ser polémicas (como la que establece la pena de muerte); pueden producir efectos secundarios nocivos y no deseados. Todo ello hace que la prevención sea difícil de calibrar y de predecir, y también difícil de manejar y de controlar.

12

La cultura jurídica: legitimidad y moralidad

NO TODA CONDUCTA jurídica puede explicarse en términos de premio y castigo. Hasta cierto punto, respondemos, como los animales, al sistema del palo y la zanahoria. Pero también somos sers morales y sociales. Los factores morales y sociales —los motivos internos y el mensaje que recibimos de las demás personas— tienen importancia a la hora de explicar como nos comportamos en nuestros actos jurídicos. De hecho, estos factores pueden ser más importantes que los premios o las sanciones.

El factor social es de principal importancia. Reducido a su expresión más simple significa que a la gente le importa lo que los demás piensen. Los hombres no son islas. Todos nosotros estamos permanentemente influidos en nuestra forma de vivir por otras personas: la familia, los amigos, los vecinos, los compañeros de trabajo o de estudios, nuestros correligionarios. Todos notamos su silenciosa —o no tan silenciosa— presión. Esta presión puede conducirnos a respetar la ley o a utilizarla de un modo particular y estereotipado.

Se ha hablado mucho, por ejemplo, de la influencia del grupo circundante*: la expresión se refiere, básicamente, a la gente que vive a nuestro alrededor, a las personas que consideramos que pertenecen a nuestro grupo (grupo de pares, significa grupo de iguales).

* «Peer groups», en el original: significa grupo de pares, de iguales (N. del T.).

Sabemos por la experiencia de cada día que este grupo tiene una tremenda influencia. La expresión «*Subcultura de la delincuencia*», por ejemplo, no es más que una forma elegante de representar esta simple idea. La cuestión es que constituye una especie de castigo el que los amigos se burlen de uno, se rían, le traten a uno como a un inferior; mientras que es un premio soberbio que le admiren a uno y le alaben. Si uno pertenece a una banda de la gran ciudad cuyo código premia con las mejores notas al comportamiento indómito —burlar la ley, mostrarse duro, desafiar a la policía— pero da malas notas al charlatán, al cobarde o al que rehusa sumarse a una fechoría, es más probable que uno infrinja la ley más fácilmente que otra persona que no pertenezca a la banda. Ello es porque, en este caso, el burlar la ley representa conformidad con las leyes del grupo; y si uno respeta las leyes *oficiales* —esto es, actúa «bien»— entonces infrige las leyes del grupo.

Incluso fuera del contexto de la banda hallamos casos similares que ayudan a explicar la delincuencia; los adolescentes optan por la rebeldía porque ello «representa conformarse mejor con los modelos de un sistema social alternativo» el cual, (por distintas razones), conviene mejor a su mentalidad y necesidades que el sistema imperante[1]. Y cuando se cuelga la etiqueta de delincuente a un adolescente ello sólo sirve para aislarlo de las personas honradas y para ayudarle a obtener una auténtica recompensa de los miembros de su grupo y sólo de ellos.

No hay, pues, nada sorprendente en todo esto, ni en la teoría ni en la realidad. Todos queremos ser gratificados y prácticamente todos queremos evitar el castigo; un latigazo es un latigazo, tanto si procede del estado como del vecino de enfrente. Los grupos a los que pertenecemos son, en cierto modo, sociedades en miniatura, con pequeños «gobiernos» y «leyes» propias. Si seguimos las leyes de la banda en lugar de las leyes del «verdadero» gobierno, lo único que hacemos es elegir entre leyes competidoras. Muy a menudo, el gobierno más terrible y amenazador es el que tenemos más cerca de nosotros. Después de todo para muchos puede resultar más fácil evitar o eludir a un policía que librarse del desprecio (o de algo peor) de los amigos, vecinos o parientes. Y en muchas cárceles, los jefes de la banda son para los reclusos unos gobernantes más efectivos que el Director o los celadores.

Si bien no existen muchas investigaciones relacionadas directamente con el tema, lo dicho hasta aquí parece evidente. A veces es posible descubrir como los demás influyen en el comportamiento jurídico. Johannes Feest, por ejemplo, hizo un pequeño estudio sobre el comportamiento de los conductores de Berkeley, California. Su estudio reveló que se conduce de una determinada forma cuando uno está sólo y de otra muy distinta cuando hay alguien sentado al lado de uno. Entre los conductores que iban solos, únicamente uno entre diez se paró completamente en un stop; cuando viajaban con alguien más, llegaron a pararse totalmente en el stop un 21%[2].

En otros términos, si la gente respeta las normas de tráfico no es sólo por el miedo a la policía. Uno también es sensible a la persona que se sienta al lado, a lo que esta persona pueda pensar o creer, a lo que pueda decir del comportamiento del conductor. Algunos de nosotros, quizás, lleguemos a saltarnos un semáforo en rojo un día de madrugada, sin nadie en la calle y nadie a nuestro lado, pero nunca lo haremos de día, con o sin la presencia de la policía.

Feest llegó a esta conclusión después de haber permanecido en el interior de un coche aparcado y haber observado el comportamiento de los conductores. No se puso en contacto con ellos y no sabemos quienes eran las personas que influyeron en sus comportamientos. Sin duda eran parientes o amigos. Sin embargo, Lionel Dannick, en uno de sus trabajos, nos muestra que incluso un extraño puede influir en nuestro comportamiento; basta con que se halle cerca. Dannick investigó sobre los peatones de la ciudad de Nueva York. A menudo los peatones cruzaban la calle cuando no debían, esto es, cuando el semáforo mostraba la señal de «no cruzar». Pero si los investigadores ponían a alguien esperando en el paso de peatones, que sólo cruzara cuando la señal decía «Pasen», el índice de infracción descendía radicalmente. Contrariamente, cuando el «falso peatón» infringía descaradamente la norma, el índice de infracciones aumentaba[3]. En otras palabras, los infractores sirven de «estímulo» a otras personas, lo mismo que los que cumplen las «leyes».

Habría que distinguir, desde luego, entre el efecto que los demás producen en el comportamiento de uno y sus consecuencias en las creencias de uno sobre lo que está bien y lo que está mal. Evidentemente, cuando estamos sentados en un coche aparcado o de pie en un paso de peatones, lo que vemos es el comportamiento de la gente, no sus razones, que son invisibles. ¿Por qué motivo uno se abstiene de cruzar imprudentemente al ver a otras personas obedecer las señales? Quizás para evitarse problemas. Es, desde luego embarazoso que la gente le vea a uno infringiendo las normas. Pero, de alguna manera, los «buenos cumplidores» hacen también el papel de maestros; nos muestran que la norma está viva, que significa algo para ellos, que

prefieren (por alguna razón) no infringirla. Eso puede influir en nuestra forma de pensar con respecto a aquella norma.

Dicho de otro modo, la cuestión es que la presión del grupo circundante (o al mensaje que recibimos de los demás) puede, a la larga, modificar nuestra manera de pensar y también nuestro comportamiento. Las leyes sobre derechos ciudadanos han obligado a hoteles y restaurantes a abrir sus puertas a personas de todas las razas; en el pasado muchos de ellos negaban la entrada a los negros. El hecho de que esos hoteles y restaurantes ya no puedan discriminar no convierte, por sí solo, a los fanáticos en personas tolerantes; sus propietarios pueden seguir con los mismos prejuicios raciales. Pero la norma coercitiva ha creado una nueva situación —modifica el comportamiento público— y cuando esto sucede, la presión real o imaginaria del grupo circundante empieza a actuar sobre la mentalidad de la gente. Primero, el restaurante segregacionista se convierte en ilegal; luego ser segregacionista resulta imposible y, finalmente, inimaginable. A ese respecto, hace tiempo que terminó felizmente la batalla contra los restaurantes «Jim Crow».

Legitimidad y moralidad

Resumamos lo dicho hasta ahora y que no es más que el producto de utilizar el sentido común: el concepto sobre lo justo y lo injusto, sobre la moral y la legitimidad es de gran importancia para explicar el comportamiento de las personas. La mayoría de nosotros (es de suponer) no robaríamos ni mentiríamos, ni mataríamos o incendiaríamos aunque no hubiera ninguna posibilidad de que la policía nos detuviera ni de que nuestro grupo circundante nos descubriera y desaprobara. Haríamos lo que es justo porque así lo queremos; por esa voz que viene de dentro; porque nos han enseñado a no hacer el mal y hemos aprendido la leccción.

En otras palabras; el código penal no es la única —ni siquiera la principal— fuente de ideas sobre lo justo y lo injusto. Aprendemos de nuestros padres y maestros un código moral y comulgamos con ciertas ideas sencillamente porque vivimos en sociedad. Cada sociedad tiene su propio concepto del bien y del mal y su forma peculiar de transmitirlo a sus miembros. El concepto del bien y del mal cambia constantemente, y es interesante observar como se desplaza, se inclina y cambia de color. Ciertas leyes (no matar, no robar), son, desde luego, muy estables; otras (sobre comportamientos sexuales, por ejemplo) parecen mucho más cambiantes.

En cualquier caso nuestras conciencias son motores muy potentes. La mayoría queremos hacer lo que es justo y si ello quiere decir respetar la ley, entonces la respetamos. Asímismo puede haber casos en que la gente crea firmemente que la ley es inmoral o injusta. La conciencia puede llevarnos a la desobediencia al igual que nos inclina a la obediencia. Hay muchos ejemplos en nuestra Historia. Muchas veces la gente ha ido a la cárcel por una cuestión de conciencia. Por ejemplo, como protesta contra la guerra del Vietnam, muchos hombres se negaron a alistarse. Era una forma de oponerse a lo que creían una guerra injusta: preferían sufrir el castigo antes que obedecer.

Respetamos —y queremos respetar— lo que es *justo* y también lo que es *legítimo*. Estas dos palabras no significan lo mismo. Los sociólogos y juristas —al menos desde Max Weber, el gran sociólogo alemán— utilizan mucho los términos leyes *legítimas* o *legitimidad*, en general. Sin embargo, no siempre se utilizan estas palabras con precisión, existiendo hoy en día muchas definiciones discrepantes en los libros. Es tan grande la imprecisión que, al menos un estudioso, Alan Hyde, piensa que habría que desechar todo el concepto por inútil y confuso[5]. Evidentemente, cuando la gente dice que determinadas leyes son «legítimas» quiere decir que, de alguna manera, esas leyes se han dictado de forma justa. La legitimidad es un concepto utilizado, sobre todo, en su aspecto procedimental o, si se quiere, en su aspecto legal. Veamos un ejemplo para ilustrar este punto. ¿Qué es lo que legitima una ley del Congreso? No es el *contenido* de la ley; puede ser absurdo, miope o deficiente en muchos aspectos. No, lo que legitima a la ley es que la apruebe el Congreso; para muchos de nosotros esto, por sí sólo, ya es suficiente. En otros términos; no cuestionamos la legitimidad de una ley siempre que esté debidamente aprobada por el Congreso, el Parlamento del Estado o el Consejo Municipal correspondiente.

Podemos ir un poco más lejos y preguntarnos *por qué* una ley aprobada por el Congreso es legítima. Si se lo preguntamos a la gente nos puede contestar algo así como: por qué se elige al Congreso en elecciones libres, o porque la ley es lo que la myoría quiere. Pocos ciudadanos han profundizado en teoría política, pero tienen, por sentido común, una vaga idea de ella en sus mentes. En todo caso, la legitimidad de la ley se basa en la forma en que aparece; si la forma es legítima, también lo será, al menos en general, el contenido. Y lo que es válido para los cuerpos legislativos, también lo es para los actos del Presidente o las normas del Consejo Directivo escolar de

Seatle o las sentencias del Tribunal Supremo de Arkansas; todas son legítimas en la medida en que los ciudadanos las aceptan como fruto de la actividad normal y correcta de la Administración Pública.

Así pues, la fuerza de obligar de estos actos jurídicos viene ya sea del procedimiento ya de la institución, no de lo que estos actos dicen o representan. No es del todo igual el respetar una ley porque es legítima que el respetarla porque es moral o ética, o incluso porque es justa. Probablemente habría que distinguir, de hecho, las varias formas posibles en que una ley o un acto jurídico pueden ser «justos». Las personas seguimos la voz de la conciencia en nuestro comportamiento ante la ley. Pero la conciencia es un órgano complicado; su voz puede tener múltiples tonos.

La legitimidad sólo es uno de los factores que tiene en cuenta la conciencia. Otro es el que podríamos denominar la «mentalidad cívica». Esta supone que debemos obedecer determinadas normas por razones sociales y patrióticas. Las personas con civismo, cuando hay escasez de agua, se duchan menos a menudo y dejan morir el césped si es preciso; se alistan en el Ejército en tiempo de guerra; resisten la tentación de tirar latas de cerveza por el camino de Yellowstone y pagan sus impuestos en la cuantía y plazos requeridos. Para ciertas personas ello obedece a un fuerte impulso, incluso en circunstancias en que no hay riesgo de que sean descubiertas, ni un grupo circundante que las pueda señalar con el dedo. Evidentemente, para otros, tales motivos son débiles o desconocidos.

La «moralidad», en términos estrictos, es un motivo de índole algo distinta. Quizás sea el motivo más poderoso y el factor más importante sea el respetar las leyes por razones religiosas o morales. Es nuestra formación moral la causa de que muchos de nosotros no hagamos trampas, ni robemos, ni matemos ni engañemos a los demás. Es lo que explica el porque los Mormones se niegan a beber, o los judíos a comer cerdo, o los católicos rehusan el divorcio. La estructura normativa de la sociedad es tan importante y esencial como su estructura política.

Otro de los motivos puede ser la «justicia». A veces uno cree que una ley merece ser respetada por alguna de sus características formales: por ejemplo, porque afecta a todo el mundo en el país y uno no puede ser distinto de los demás. Si la Administración establece un impuesto de cinco dólares por persona, sea hombre, mujer o niño, puede ser que uno se decida a pagarlo simplemente porque crea que es de justicia hacerlo, tanto si el impuesto tiene sentido como si no y tanto si es bueno para el país y necesario como si no. Otro factor de

peso en la conciencia es el que podríamos llamar «confianza». Es aquel sentimiento que nos hace respetar una norma o una orden porque tenemos fe en la autoridad de la que emana. ¡Ellos saben tanto y nosotros tan poco! Si nos mandan hacer algo es porque deben tener un buen motivo; y debemos obedecer tanto si comprendemos sus razones como si no. Si la Administración dice que una velocidad de cincuenta y cinco millas por hora ahorra gasolina y vidas, es porque debe ser verdad.

Todos estos factores son distintos de la legitimidad y constituyen otros tantos motivos de obediencia o desobediencia a las leyes. Los motivos son invisibles. Pero los motivos y las actitudes son factores sociales en la misma medida en que pueda serlo el comportamiento. Lo que la gente piensa es tan real como lo que come, y el lugar por donde anda, sólo que es más difícil de medir y conocer. Al igual que las actitudes humanas, esos motivos no son eternamente invariables. Cambian con el tiempo. Según el tipo de persona y la edad, la actitud varía y su intensidad también puede subir y bajar con los mareas de la sociedad.

Muchos piensan, por ejemplo, que hoy en día la gente no tiene mucha confianza en el gobierno. Las investigaciones realizadas sobre este tema sugieren que nos hemos vuelto más cínicos. Hoy en día es menos probable que antes que la gente diga que tiene fe en la autoridad. En una encuesta se hacía a la gente la siguiente pregunta: ¿Con qué frecuencia cree usted y confía en que el gobierno de Washington hace lo que debe? En 1964, el 14% contestaban «siempre»; el 62% «casi siempre» y únicamente el 22% «sólo algunas veces». Seis años después, en 1970, sólo el 6% confiaba en el gobierno «siempre»; el 47% «casi siempre» y los que «sólo algunas veces» alcanzaron el 44%.

Probalemente, desde 1970, el nivel de confianza haya bajado todavía más. Es difícil de saber cuánto; pero la mayoría de los observadores presienten una clara pérdida de confianza hacia el gobierno, los expertos y las autoridades de todas clases, si bien quizás en el último bienio se haya producido un ligero cambio de signo. En California, en 1981, el Gobernador del estado, después de muchas discusiones, dio una orden para fumigar con pesticida desde el espacio unas tierras al norte de California. El problema era el de que las larvas de una especie insidiosa de mosca amenazaban de muerte la industria frutícola. Se dijo a la gente que el líquido era inocuo, que no había nada que temer. Una generación antes, esas razones se hubieran aceptado como incuestionables. Era la palabra del gobernador y la de los científicos contratados por el estado. En 1981 mucha gente

se negó, sencillamente, a creerlo; algunos sintieron pánico y huyeron de la zona; la fe ciega ya no abundaba.

¿Qué sucede cuando se produce una pérdida de confianza? ¿Van a infringir la ley las personas desconfiadas e insatisfechas? No necesariamente. Puede ser que la gente se someta aun cuando no esté satisfecha con el sistema[7]. Hay razones para dudar del llamado efecto por contagio. Esta hipótesis parte de la base de que las personas que creen que una parte del sistema legal es injusto o ilegítimo o que desconfían de él por algo, desobedecerán también las restantes leyes o perderán la fe en ellas.

Ello parece, hasta cierto punto, plausible. La gente se refiere a menudo a esta cuestión cuando se trata de leyes que no se aplican correctamente, con justicia; se quejan de que ello conduce a una falta de respeto a la ley. Este fue, seguramente, el efecto secundario de la Prohibición. También se dice lo mismo de la marihuana. De hecho, hay muy pocas pruebas, o ninguna, de que se produzca tal «efecto por contagio». Aunque uno piense que las disposiciones legales sobre la marihuana son injustas o ridículas ¿acaso por ello defraudará al Fisco en su declaración de renta, o infringirá las normas de aparcamiento o disparará sobre su cuñado? No parece probable. Puede haber cierto efecto por contagio entre determinadas zonas «vecinas» del comportamiento jurídico: es posible que la persona que no acepta las disposiciones legales sobre la marihuana consuma más fácilmente cocaína o infrinja las normas sobre bebidas alcohólicas más fácilmente que otras. Difícilmente un distribuidor de droga se mantendrá apartado del juego ilegal. No sabemos, sin embargo, hasta dónde puede llegar esos «paralelismos».

Resulta lógico admitir cierta relación entre nuestra manera de actuar y nuestra concepción moral de la ley. En un trabajo ya clásico, Harry V. Ball estudió el comportamiento de ciertos propietarios de casas de Honolulú. En aquella época los alquileres de la ciudad estaban controlados. Ball descubrió que los propietarios que sostenían que el control de alquileres era injusto, actuaban en consecuencia y eran los que cobraban mayores alquileres a sus inquilinos[8].

Ello demuestra que hay *alguna* relación entre una forma de pensar determinada y un comportamiento concreto. ¿Pero qué relación exactamente? Es el problema del huevo y la gallina. ¿Qué es lo primero en aparecer, la actitud moral o la infracción legal? El sentimiento de lo injusto puede ser, para un casero, una de las formas de tranquilizar su conciencia. Ball supone que el sentimiento de que la ley era injusta es lo que condujo a los caseros a infringirla; pero la razón puede ser la contraria; la de que los caseros que infringían la ley buscaban una excusa a su conducta acusando a la ley de injusta. Los datos que tenemos de Honolulú no nos dicen cuál fue la verdadera causa.

Los factores contrarios

Hemos visto varios de los motivos internos que determinan el comportamiento jurídico: la moralidad, la justicia, la confianza, el civismo, la legitimidad. Pero como sucede con todo, cada uno de ellos tiene su contrario: la desconfianza, la ilegitimidad, el sentimiento de injusticia y así sucesivamente. Damos por supuesto que cuanto más hagamos resaltar el aspecto moral, legítimo y digno de confianza de una ley, más la gente va a respetarla. Paralelamente, un mayor sentimiento de injusticia de una ley o falta de legitimidad debilita el sentido del deber y lleva a un respeto menor (o nulo) o —si los sentimientos morales son lo bastante fuertes— a un verdadero desafío o revuelta.

Esto es puro sentido común. También nos lo confirma la experiencia. Actualmente (1984) la ley exige que los jóvenes acudan a alistarse a quintas. Muchos creen firmemente, por una u otra razón, que esa ley es injusta y se niegan a alistarse. Algunas personas han desafiado abiertamente esta ley. Hay, en nuestra sociedad, formas legítimas de expresar estos sentimientos. En los tribunales, por ejemplo, también se intentó dejar a esa ley sin efecto, aunque sin éxito. El no acudir a quintarse es una muestra de oposición más fuerte y más peligrosa. Los que, por razones cívicas, se oponen a la energía nuclear y desconfían del gobierno han usado tácticas que van desde la aceptación a regañadientes hasta los actos de sabotaje.

Así pues, el efecto por contagio es de lo más aleatorio. El perder la fe no significa necesariamente traspasar los límites. Unos cuantos lo hacen, pero muchos no. Algunos buscan otras vías de expresión de su disconformidad. Estas pueden ser las vías legales (y a menudo así es). De ese modo se produce una *transferencia* de legitimidad. Las personas que pierden la fe en el Congreso, el Ayuntamiento o la burocracia, a lo mejor vuelven sus ojos hacia los tribunales. Esto es, «judicializan» sus problemas.

En la crisis californiana del pesticida, el gobierno del estado advirtió que iba a usar ese spray («malathion») sobre los territorios vecinos a San Francisco Bay. Se aseguró que el pesticida era inocuo. La fumigación (decían) tenía que hacerse; de otro modo se produci-

ría una calamidad económica horrorosa. Algunas personas, evidentemente, creyeron todas esas cosas. Pero mucha gente no. ¿Mentía el gobierno con el propósito de proteger a los grandes fruticultores a expensas de los ciudadanos? Como siempre suele suceder, la fumigación se llevó a cabo según lo previsto. La oposición no se conformó. Acudió a los tribunales. Es una estrategia normal para los descontentos; a menudo es casi la única posible. Es la forma en que se llevó a cabo la lucha contra la pena capital. Como vimos en el caso del pesticida, esa estrategia no siempre resulta (se perdió el caso), pero se puede ganar tiempo. La batalla contra las plantas de energía nuclear continúa sin cesar; la táctica de ir a los tribunales encarece la energía nuclear a base de efectos dilatorios y de medidas obstructivas que son perfectamente legales, aunque a veces excesivamente legalistas. También los enemigos de la pena capital emplean todas las medidas posibles para conservar la vida de los condenados a muerte.

La fuerza de la legitimidad y de la conciencia

¿Qué fuerza tienen nuestros sentimientos de legitimidad o de confianza, o nuestra conciencia en general? El sentido común nos dice que sentimos más simpatía por unas leyes que por otras. La mayoría de nosotros no mataríamos a nadie a no ser en caso de extrema necesidad, y aún en ese caso no es seguro; pero, en cambio, no somos demasiado respetuosos en lo referente al límite de velocidad. Estas diferencias hacen que sea difícil, en general, decir gran cosa sobre cómo la gente resuelve los conflictos de motivaciones en su comportamiento jurídico. Todo depende de las circunstancias, la situación y la ley concreta de la que se trate. Incluso las personas que piensan que la velocidad es peligrosa y antisocial y que tienen miedo de la policía, se pondrían fácilmente a circular a setenta millas por hora si la situación fuese lo bastante seria.

Si las sanciones, la opinión de nuestros conciudadanos y nuestros propios sentimientos empujan hacia la misma dirección, entonces la ley será, en verdad, fuerte y duradera. Este es básicamente el caso de las leyes que prohiben matar. La ley toma muy en serio el asesinato y lo castiga con mucha severidad. También la concienca está contra él. Y nuestros vecinos y amigos comparten la reprobación general del homicidio. De ahí que esta norma pase por ser una de las más sólidas.

No es fácil ir mucho más allá de lo que acabábamos de decir. Supongamos que la conciencia empuja por un lado y la ley por otro; ¿cuál de ellas tendrá más fuerza? ¿será más fuerte la amenaza del castigo que la llamada de la consciencia? No existe una respuesta general.

Un investigador ocasional intentó estudiar esta cuestión experimentalmente. En uno de sus experimentos puso a dos investigadores a trabajar con estudiantes de Florida como conejillos de Indias. Se dejó que los estudiantes calificaran sus propios exámenes de final de curso. Sin que los estudiantes lo supieran, se pidió a los profesores que comparasen esas calificaciones con las suyas para averiguar si los alumnos habían hecho muchas trampas. Resultó que habían hecho algunas. Entonces se amenazó a unos cuantos estudiantes con controles y castigos, lo cual redujo considerablemente las trampas. A otros se les dio un sermón de moralidad. Apenas dio resultado. El castigo fue mucho más eficaz que la consciencia[9].

Sin embargo, esto no nos sirve de mucho, en general, para los demás casos. De hecho no hay ninguna demostración válida para la generalidad de los casos; ya que el *castigo* no es un factor único y constante y tampoco lo es la *consciencia*. Hay muchas clases de consciencia y muchas formas de tratar de evocarla. No se las puede fundir en una simple fórmula. Algunas veces, en plena guerra, la llamada al sacrificio ha tenido un éxito tremendo y muchos se han mostrado dispuestos a morir por su Patria. En otras ocasiones y circunstancias distintas, las llamadas a la moral y los sermones caen, sencillamente, en oídos sordos. Las directrices salariales, por ejemplo, son a menudo fracasos lastimosos; es preciso respaldarlas con fuertes sanciones.

Asimismo, los estímulos revisten todas las formas y grados posibles; desde los incentivos económicos hasta las multas, la cárcel, los azotes e incluso la horca. Ciertas sanciones son terroríficas, otras nos impresionan poco. Determinados incentivos son poderosos, otros débiles. También aquí, depende mucho de las circunstancias.

Así pues, el estudio que se hizo en Florida no podría darnos una respuesta general a la cuestión ya que sólo comparaba una clase de estímulo moral con cierta clase de sanción. Ignoramos lo que sucede cuando existe un conflicto entre las sanciones del Estado y la consciencia de cada uno; o entre la consciencia y la fuerza de la lealtad al grupo; o entre la presión de la sociedad circundante y el gobierno. Conflictos de esta clase se dan a diario. Nada más frecuente que encontrarnos en medio, partidos entre el sentimiento de que debemos respetar (o no) la ley y los mensajes de signo contrario procedentes de la gente de nuestro alrededor o del Estado. No existen reglas para

resolver tales conflictos ni se dispone de investigaciones generales que nos digan como los resuelve la gente.

La desobediencia civil es un hecho de importancia en nuestro pasado. La desobediencia civil es un reto público a la ley, aunque basado en unos principios. La persona que practica la desobediencia civil no niega que las leyes a las que se opone sean formalmente válidas. Pero estima que repugnan tanto desde el punto de vista moral o son tan dañosas para la sociedad que los ciudadanos tienen el deber de desobedecerlas. El más alto deber puede ser el basado en la religión. En el s. XIX los mormones de Utah creían que Dios permitía y aún alentaba a los hombres a tener varias mujeres. Era una creencia muy ofensiva para el resto de sus conciudadanos. Pero los mormones no se echaron atrás y desafiaron a las autoridades hasta que su propia Iglesia se retractó. La Historia está llena de ejemplos de desobediencia civil. El «Boston Tea Party», el movimiento abolicionista, el de los derechos cívicos, el redactar y enviar protestas, etc. A veces la religión ha sido muy eficaz para modificar una ley o dar una lección de moral a la sociedad. Baste recordar a Martin Luther King y la protesta de los movimientos negros de los años 1950 y 1960.

La desobediencia civil no siempre es pacífica. El «Boston Tea Party» dañaba a la propiedad privada. John Brown, en su cruzada contra la esclavitud estaba dispuesto a matar. No hay, sin embargo, ninguna duda de que la no violencia ayuda y refuerza la desobediencia civil. Es una lección que nos enseñó Mahatma Gandhi en la India y que desde entonces se ha venido aplicando en muchos países. La razón es que la no violencia, refleja, de una forma particularmente expresiva, la ética de la desobediencia civil. Es una negación expresa del efecto de contagio. Es una forma de decir: «Nos oponemos a *esta* ley, pero no a las leyes en general». De hecho, los que protestan suelen estar profundamente en favor del orden, la justicia y la sociedad organizada. Pero afirman, con sus palabras y su actitud, que determinada ley formal es, excepcionalmente, demasiado inmoral para ser respetada.

El Derecho y la Moral

Oímos hablar a menudo del conflicto entre el Derecho y la Moral. Hay muchos autores que resaltan las diferencias entre el Derecho y la Moral y cuan distinto es un código legal de un código moral. Otros estiman que el Derecho no puede estar separado de la Moral o incluso que las leyes injustas o un régimen injusto no pueden ser jurídicos. Hay cuestiones fascinantes y complejas en relación con el tema que forman el núcleo de la Filosofía del Derecho[10].

Las relaciones entre los códigos legislativos y las normas y costumbres morales de una sociedad —y en concreto, de la sociedad de los Estados Unidos— es una cuestión menos general y más sencilla. Es obvio que el Derecho engloba un código moral y lo hace de manera explícita. Los códigos de los estados y del Gobierno federal y también los de los demás países— lo exponen de la forma más elemental. El asesinato, el robo, la violación y la defraudación fiscal son inmorales y también son ilegales.

Pero todas las sociedades complejas (y la nuestra ciertamente lo es), tienen más de un código moral; tienen varios. Surgen a veces discusiones entre la gente sobre qué código moral debe prevalecer y qué hacer en caso de normas morales contradictorias. Algunas veces es posible llegar a un acuerdo o poner a todas las normas al mismo nivel. En materia de religión, por ejemplo, el Ordenamiento, en conjunto, es neutral. No se exige a nadie ningún tipo de práctica religiosa. Han habido y hay, en muchos países, religiones estatales, y los que tienen creencias distintas y realizan prácticas heterodoxas son perseguidos, a veces, hasta la muerte.

En otras materias la neutralidad es imposible. El Ordenamiento no puede, al mismo tiempo, estar a favor o en contra de algo. Ello implica que continuamente se produzcan conflictos entre el Derecho y la Moral, o mejor, entre el Ordenamiento y las opiniones morales de cierta parte de la población. La disputa sobre la poligamia fue uno de esos casos. Antes de la guerra civil, los abolicionistas se oponían a los partidarios de la esclavitud. Ha habido innumerables ejemplos.

Uno de los más actuales, hoy en día, es el polémico problema del aborto. En el caso *Roe C/ Wade*[11], el Tribunal Supremo sostuvo que la Constitución, nuestra ley suprema, protegía el derecho de la mujer a abortar, al menos en los primeros meses del embarazo. El Tribunal dejó sin efecto las leyes que iban en contra de ese derecho. Muchas personas piensan que la sentencia del caso *Roe C/ Wade* fue sensata, justa y —también— moral. Pero muchos otros se sintieron ofendidos. Para éstos, el aborto no es, ni más ni menos, que un asesinato y la ley que lo autoriza permite el peor de los crímenes: el de dar muerte a un ser inocente. Los creyentes en el «derecho a la vida» no pueden, evidentemente, aceptar esta ley que va contra su propio código moral. En cambio, la gente de «Prochoice»* cree con igual

* «Choice» significa «elección». (N. T.)

fuerza en la justicia de su causa: en el sacrosanto derecho de la mujer sobre el control de su cuerpo.

Existe, sin embargo, un aspecto en el que Derecho y Moral se enfrentan, aunque sin las profundas diferencias de opinión que acabamos de ver. Muchos estaremos, probablemente, de acuerdo en que es injusto mentir o hacer trampas en el juego. En cambio, ninguna de las dos cosas es delito, ni son conductas tipificadas en el código penal. Algunas mentiras son tan graves y nocivas que pueden constituir calumnias y la trampa en el juego, en determinadas circunstancias, puede ser un fraude; pero son casos excepcionales. ¿Por qué el Derecho no castiga la mentira y las trampas en el juego, al menos con una multa? ¿Es realmente peor infringir las normas de aparcamiento que hacer trampas al poker o al bridge? Lo que quizás demuestran estos ejemplos es que la moral y el Derecho son esferas diferentes y tienen objetivos distintos. Pero hay también otra explicación. Si convertimos en delito el hacer trampas en el juego, podemos desencadenar algunas consecuencias nefastas. Podría ser que la gente empezara a denunciar a sus conciudadanos. Daríamos un enorme poder discrecional a la policía si permitiéramos que detuviera a la gente por mentir. Abriríamos las puertas al chantaje y a la corrupción. Podríamos castigar a la gente más de lo que merece.

Fijémonos en que todo esto son afirmaciones en materia de moral. En otros términos; si ciertos actos «inmorales» están fuera del Código Penal no es a causa de la diferencia existente entre Derecho y Moral, sino porque hay distintos principios morales en conflicto y tenemos que elegir. Se trata de verdaderas opciones y la sociedad las hace constantemente, aunque no siempre, desde luego, correctamente. La ley Mann[12] convirtió en delito federal el «transporte» de mujeres fuera de las fronteras del Estado «con el propósito de prostituirlas o de corromperlas o con cualquier otra finalidad inmoral». Se esperaba que esta ley ayudase a terminar con la «trata de blancas», la práctica de forzar a las mujeres al degradante «status» de la prostitución. Probablemente la ley no tuvo impacto alguno en la prostitución. Abrió, seguramente, las puertas al chantaje, que es otro mal, y muy grave.

El sistema jurídico se basa en normas sociales. Refleja los principios y las ideas que coinciden con los que sostienen una parte de la sociedad. Pero no necesariamente toda la sociedad. La moral es una abstracción. Las polémicas y los conflictos son concretos, duros, específicos; sobre el aborto, la pena de muerte, la poligamia, las leyes sobre drogas, el juego, la pornografía, el servicio militar, la prostitución, etc. La lista es larga y la batalla dura. Pero la cuestión no está en si el Derecho debe o no tener en cuenta a la Moral. Claro que sí. La cuestión está en saber ¿qué moral? y ¿cómo hacerlo? Dicho de otro modo: en una sociedad compleja y plural, en una sociedad compuesta por toda clase de personas, con gustos y pareceres distintos y diversas formas de vivir, ¿hasta dónde debe llegar el sistema jurídico en el respaldo a un solo código moral? Muchos contestarán sin dudarlo «no muy lejos». Tenemos que vivir y dejar vivir. Una sociedad abierta y democrática puede y debe permitir diferentes maneras de vivir.

Evidentemente, no todos estarán de acuerdo con esta filosofía. De hecho, nadie está enteramente de acuerdo con ella. Después de todo hay personas cuyo código moral personal permite, o incluso exige, robar bancos, quemar casas o secuestrar aviones «por la causa». Incluso el Ku Klux Klan o el partido Nazi Americano tienen «principios» que los demás encuentran repulsivos. No vemos razón alguna para que el sistema jurídico —salvando el derecho de libertad de expresión de cada uno—, acepte estos principios. Y realmente no la hay.

Por otra parte, el sistema filosófico basado en el «vive y deja vivir» tiene que aceptar una serie de puntos de vista, una variedad de creencias, opiniones y estilos de vida. La cuestión no está en si debemos adoptar un *solo* código de normas o una infinidad. No es una cuestión tan general. Los delitos sin víctima, por ejemplo, son, al menos en parte, un tema que concierne a los derechos de las minorías. Nuestro sistema jurídico se basa en una cuestión de límites; la mayoría goza del poder físico y moral, pero también debe respetar los deseos y necesidades de las minorías. ¿Dónde está el límite? Nadie lo sabe. Pero muchos de los conflictos más sonados de hoy en día están en relación con los temas de la «revolución social», que estudiaremos en el Cap. 14.

13

La abogacía en los Estados Unidos

EN NUMEROS ABSOLUTOS, la abogacía norteamericana es, cuantitativamente, la más importante del mundo. Puede que también sea la más importante en proporción a la población. Hay más de 600.000 abogados ejerciendo en los Estados Unidos. En un libro sobre Derecho Norteamericano no puede faltar una explicación del desarrollo de esta profesión; de lo que hacen —y no hacen— los abogados, y de la deontología y usos colegiales.

La abogacía norteamericana: un esbozo histórico

Hubo un tiempo, hace muchos años —en la edad de oro, si ustedes quieren— en que había poquísimos abogados en lo que hoy son los Estados Unidos. En algunas colonias, especialmente las dominadas por el clero, había gran hostilidad hacia los abogados. Puede que sea significativo que la Colonia de Plymouth, en el s. XVII, expulsó a su primer abogado, Thomas Morton, por haber cometido algunas faltas, entre las cuales, estaba el «tratar con los indios, beber en exceso y otras prácticas degradantes»[1].

Sin embargo, los abogados, a pesar de su impopularidad, lograron abrirse paso como habrían de hacerlo muchas otras veces en el futuro. En el s. XVIII eran prácticamente indispensables en un país cuyo cordón umbilical pasaba por el mar y dependía principalmente del comercio con las Indias Occidentales y la Metrópoli. Allí donde haya industrias, comercio o relaciones con la administración el abo-

gado norteamericano tiene un papel a jugar. Después de la independencia, la abogacía dio un salto de considerable importancia. En 1740, en Massachussets, había sólo quince abogados para una población de alrededor de 150.000 personas. Un siglo después, había 640 abogados, diez veces más que antes, en proporción a la población. El gran salto se dio después de la Revolución[2].

Está claro que lo que vale para un estado en particular es igualmente válido para los demás estados. En el siglo XIX los abogados crecieron mucho más deprisa que el resto de la población. Poco antes del año 1.900 sobrepasaban la cifra de 100.000. En el siglo veinte, concretamente, pocos años atrás, el crecimiento ha sido aún más espectacular. Entre 1960 y 1970 el número de abogados aumentó un tercio aproximadamente; las nuevas admisiones de miembros a la abogacía crecieron, entre 1970 y 1975[3] en la asombrosa proporción del 91%. Alrededor de 40.000 nuevos abogados se suman cada año a este enjambre. Puede que el número total de abogados se haya duplicado en los últimos veinte años aproximadamente. Entre 1920 y 1970 había alrededor de un abogado por cada 750 habitantes. En 1980 había uno por cada 400 habitantes, aproximadamente[4]. Si esta tendencia persiste, es posible que al final todo el país esté poblado por abogados. Afortunadamente, este día es aún lejano.

¿Dónde están todos estos abogados? ¿A qué se dedican? Y, ¿qué clase de trabajo realizan? La mayoría viven en grandes ciudades, principalmente ejerciendo en privado, generalmente ocupándose de los asuntos de las grandes empresas. Algunos ejercen en «solitario», empleando sólo su trabajo personal. Otros trabajan en compañías de abogados como socios principales o como «asociados»; abogados asalariados que trabajan para otro y esperan llegar a «ser socios» algún día. Son menos los abogados que ejercen como «consejeros jurídicos». Esto es, los que están en la nómina de una empresa determinada. Son abogados de un solo cliente: la empresa. Su número también parece estar creciendo con rapidez. En 1951 había 11.000 consejeros jurídicos; en 1979, 50.000[5]. En 1981 AT&T tenía 895 abogados en nómina. Exxon tenía 454; General Eléctrica, 340[6]. La Administración —estatal, federal y local— contrata también a miles de abogados. También hay miembros de la abogacía en ocupaciones relacionadas con el Derecho, aunque no de forma exclusiva; este grupo comprende a los asesores de las compañías de seguros en materia de reclamaciones y a los agentes del F.B.I. Otros pocos enseñan o escriben sobre Derecho. Los jueces son abogados, o más bien, ex-abogados. Y, desde luego, algunos abogados nunca llegan a ejercer del todo o prefieren

no hacerlo. De vez en cuando hay algún abogado que abandona la profesión para dedicarse a los negocios, al comercio inmobiliario, a los seguros o incluso a trabajos menos afines.

Naturalmente, los hábitos de trabajo, el estilo de vida y el comportamiento colectivo de los abogados han cambiado mucho con los años. Hoy en día la mayoría de abogados no entran jamás en una Sala de Audiencias. Aconsejan a sus clientes y, a ser posible, les *evitan* verse envueltos en litigios. A principios del s. XIX, el trabajo del abogado se centraba, mucho más que hoy, en las salas de audiencias. Los jueces, en la mayor parte del país, eran «ambulantes». Esto es, iban de condado en condado viendo y fallando las causas. Los abogados viajaban igual que ellos. Abraham Lincoln solía viajar por Illinois, yendo de juzgado en juzgado.

Con este sistema, la magistratura y la abogacía formaban un pequeño conjunto muy práctico. El abogado no tenía clientes «fijos»; los hacía viajando, si tenía suerte. Probablemente, al llegar a una ciudad apenas tendría tiempo de bajar del caballo cuando dos o tres clientes, deseosos de sus servicios, se precipitaban a su encuentro. Un buen abogado, con ideas rápidas y tácticas agresivas, podía hacerse famoso viajando y obtener así clientes y asuntos[7].

Evidentemente, el abogado ambulante no tenía ni tiempo ni espacio físico para dedicarse a la investigación; no tenía muchos libros y ningún pasante o secretario para ayudarle. Sus herramientas de trabajo eran la inteligencia y la palabra. Los discursos ante el jurado eran muy importantes; ser un pico de oro era una ventaja enorme. En la primera mitad del s. XIX los abogados más famosos fueron los que pasaban por ser grandes oradores. Uno de estos abogados-oradores fue Daniel Webster. En los tribunales superiores, los discursos podían durar horas, incluso días. Alexander Hamilton estuvo hablando durante seis horas en Albany, ante un Tribunal de Nueva York, en un caso criminal por injurias (1804). En el caso *Darmouth College* (1818), Daniel Webster estuvo hablando entre tres y cinco horas en favor de aquel colegio; su parlamento, especialmente el final, forma parte ya de la leyenda. Según cierto relato (probablemente exagerado), cuando terminó, la audiencia «rompió a llorar» y la totalidad de la Sala estaba tan transida de emoción que durante un rato nadie pudo articular palabra[8].

Algunos de estos informes orales han llegado hasta nosotros; según el gusto actual parecen muy floridos y barrocos. Pero en aquellos días en que no había radio ni televisión, los discursos eran un pasatiempo y también la llave maestra que abría las puertas de la fama a los abogados. Con su oratoria podían cautivar los oídos y la vista de potenciales clientes.

Los abogados eran, desde luego, algo más que oradores. Era una carrera para personas listas y de reflejos rápidos; jóvenes con la cabeza bien sentada y que supieran abrirse camino. La abogacía era una profesión de fácil acceso. Pero los abogados tenían que luchar para conseguir trabajo. Asesoraban sobre documentos y títulos; asumían la defensa de pequeños asuntos penales; cobraban deudas a morosos. Miraban de infiltrarse en el mundo de los negocios, metiéndose por cualquier grieta o rendija que pudieran encontrar. Compraban y vendían tierras, por cuenta propia o para terceros que quisieran invertir. George Gale, un abogado de Vermont que en 1851 se estableció en el Condado de Trempealean, Wisconsin, «actuaba como si fuera una especie de corredor de fincas... una especie de agente de una compañía hipotecaria... un cobrador o un agente inmobiliario»[9]. Los abogados se dedicaban también a la política y ocupaban cargos políticos cuando podían. Estaban en el Congreso, en los gobiernos de los estados, de los Condados y en los Ayuntamientos.

Desde luego, no todos los abogados, estaban cortados con el mismo patrón que Abraham Lincoln —abogado rural que iba de pueblo en pueblo a caballo— ni siquiera antes de la guerra civil. Había, ya entonces, abogados ricos, establecidos en las grandes ciudades y dedicados al ejercicio del Derecho Mercantil en los puertos de mar. Allá por el año 1800 Alexander Hamilton era uno de ellos. Se ocupaba, por ejemplo, de problemas de seguros marítimos; pólizas sobre buques y carga. Este trabajo lucrativo, con sabor a dinero y a agua de mar, estaba en un mundo aparte, lejos de los pequeños tratos sobre tierras y cobro de morosos, que era la fuente principal de trabajo de los abogados rurales[10].

Eran pocos los abogados que, en la primera mitad del s. XIX, pudieran prescindir del todo de actuar ante los tribunales. Algunos se especializaban en el estudio, el trabajo de despacho y la asesoría de empresas. Después de la guerra civil, el auge de las grandes empresas creó una nueva demanda de abogados y los más ávidos se precipitaron a ocupar esos puestos.

En ese período, que empieza aproximadamente en el año 1870, el abogado de «Wall Street» pasó al primer plano. Esta nueva clase de abogados tenían un estilo de trabajo distinto. Su vida y su trabajo profesional giraba en torno a sus clientes, la mayoría empresas y empresarios, y no en torno a los jueces y demás compañeros de profesión.

El proceso surgió de forma natural. Las empresas querían personas expertas para resolver los mil y un problemas jurídicos con que se enfrentaban. Las grandes empresas, como la Standard Oil, la Sears Roebuck o la United States Steel, que abarcaban desde la pequeña tienda o comercio a la gigantesca multinacional, tenían mayores necesidades que las demás. En este país, sólo los abogados tenían la profesionalidad adecuada. En una gran empresa los problemas jurídicos son continuos. A los abogados de las grandes empresas no se les contrata para un caso determinado; son más bien abogados fijos.

Las grandes empresas estaban dispuestas a pagar bien y querían permanecer al margen de los Tribunales: Querían que su abogado conociera la empresa por dentro y por fuera; querían tener una singladura tranquila y segura por entre los escollos y bajos fondos del Derecho y los peligros de la competencia. Lo que las grandes empresas valoraban más en los abogados no era el don de la oratoria, sino el que fuesen perspicaces en los tratos comerciales, imaginativos al redactar documentos, listos en las finanzas y en la bolsa y buenos conocedores de la Administración y de las leyes.

Ni la administración judicial de compañías ferroviarias, ni las escrituras o contratos fiduciarios, ni las emisiones de obligaciones municipales, tenían la fascinación de un juicio por asesinato o el interés de un proceso en el que se reivindicaba la propiedad de un caballo. Pero Wall Street se levantaba sobre unos pilares básicos y grises de papel, sudor y astucia.

Daniel Webster y Alexander Hamilton trabajaron de forma personal y por cuenta propia. El abogado de Wall Street trabajaba, cada vez más, en sociedad con otros. Antes de la guerra civil había unas pocas sociedades con sólo dos abogados. A veces, los socios trataban de especializarse; el uno como abogado de tribunales y el otro como consultor. Después de la guerra empezó una lenta expansión de este tipo de sociedades. Hacia el año 1900 todas las grandes ciudades tenían sociedades de abogados de alguna importancia. Nueva York, desde luego, iba en cabeza. La sociedad de Carter, Hughes y Dwight tenía una nómina de catorce abogados (ocho socios y seis asociados) en el *Hubbell's Legal Directory* de 1903; Sulleven & Cronwell tenían diez abogados en nómina. La mayor sociedad de abogados de Denver, Colorado, era Dines & Whitted; dos abogados y tres asociados. En Chicago había dos sociedades con siete abogados cada una.

Una mayor dimensión trajo considerables ventajas. Un solo hombre sólo podía saber y hacer por uno. Un gran banco o una fundición de acero necesitaban más de lo que un solo hombre podía dar; una sociedad de abogados podía cubrir mucho mejor las necesidades jurídicas más relevantes. Y sólo una sociedad de abogados podía contar con suficientes hombres e intelectos como para dirigir las grandes emisiones de obligaciones, fusionar dos multinacionales o reorganizar una extensa red de ferrocarriles.

Era como si una clase especial de hormonas se hubiese instalado en la abogacía haciendo aumentar cada vez más la dimensión de las sociedades de abogados. Y el proceso continúa. Según un estudio estadístico, en los años 1960, había 43 sociedades americanas de abogados con 40 o más abogados cada una. De ellas, 20 estaban en Nueva York. La más grande de todas, Shearman & Sterling, estaba formada por 125 abogados, 35 socios y 90 asalariados[11]. En aquellos tiempos parecía inmensa, como una «fábrica jurídica» de enormes proporciones. Pero las sociedades mayores de nuestros días las dejan muy atrás. Baker & McKenzie, con casa central en Chicago, tenía, en 1980, 512 abogados y sucursales en once ciudades[12].

Baker & McKenzie es una sociedad extraordinariamente cosmopolita. La mayoría de las sociedades de abogados, incluso las grandes, se quedan en un solo bufete. A lo más, tienen una o dos sucursales. Pero la costumbre de abrir sucursales está decididamente en auge. En 1982, Sullivan & Cromwell, además de la casa madre de Wall Street, tenía sucursales en Washington, D. C., Londres y París. Las sociedades de abogados de San Francisco tienen sucursales en lugares tan cercanos como Palo Alto y tan lejanos como Hong Kong y Riyadh. Es una sociedad que pertenece al extremo más alto de la escala. En la parte más popular hay un cierto número de «clínicas jurídicas», con muchos bufetes de barrio, que se han desarrollado recientemente. También se habla de poner «mini-bufetes» en los grandes almacenes; así la gente podría comprar ropa interior, gafas de sol, comer un sandwich y consultar a un abogado, todo esto en un mismo edificio. Seguramente el abogado de Wall Street del novecientos se estará revolviendo en su tumba.

Lo que hacen los abogados

Las grandes sociedades de abogados crecen cada vez más, pero hay miles de abogados que trabajan en «solitario», por su cuenta. También hay sociedades medianas y pequeñas.

Hay abogados en las grandes capitales y en pueblos de mala muerte. Cada año salen de la Facultad de Derecho miles de jóvenes que se presentan al examen para abogado. Sólo en California, a fina-

les de 1982, pasaron ese examen 3.622 universitarios. Estos nuevos reclutas cogen toda clase de trabajos y llenan muchos huecos. No todos, claro está, se quedarán en la abogacía.

Esta profesión es y ha sido siempre muy diversa. El Derecho tiene muchos mundos. Para empezar, está el mundo de las grandes empresas, el de los «abogados de Wall Street». Existen, claro está, «Wall Streets» en todo el país; la Salle Street, en Chicago; Montgomery Street, en San Francisco. También hay sociedades tipo «Wall Street» en Houston, Atlanta, Boston, Los Angeles, Denver, etc.

Estas grandes firmas contratan, en general, a sus abogados de entre los universitarios que salen de las Facultades «nacionales»: Facultades que tienen mucha fama y tradición, como Harward y Yale y también de las más modernas de Chicago y Standfort. Unas pocas Facultades estatales se han abierto paso entre las filas de la gran élite (Michigan, Berkeley). En general, sabemos quienes son los clientes de esos bufetes: las grandes compañías y las familias acomodadas. Sabemos, más o menos, cual es su trabajo: los títulos-valores, la ley antimonopolio, la emisión de obligaciones, la fusión de sociedades, los impuestos, el comercio internacional, etc. Carecemos, no obstante, de una información sistemática. Los investigadores apenas pueden entreabrir el velo de lo privado. Los estudios sociológicos sobre el Derecho de las grandes compañías son, realmente, mínimos[13].

Tanto las grandes como las pequeñas empresas tienen, probablemente, litigios. Lo que no sabemos es cuántos tienen. Los abogados de empresa solían vanagloriarse de evitar los procesos y los tribunales. Pero en los últimos años ha habido un fuerte aumento de la litigiosidad en las empresas más grandes. En 1978, en la compañía Cravath de Nueva York —una de las mayores— el 40% de sus abogados estaban trabajando en diversos litigios, lo que representa un aumento del doble del personal dedicado a esta tarea[14]. Por aquellas fechas, Cravath estaba metida hasta el cuello en un proceso monstruo —el intento del gobierno de desmembrar el monopolio IBM— y el trabajo dedicado a los asuntos contenciosos era, probablemente, muy superior al ordinario; pero también otras compañías han sufrido un incremento en su trabajo contencioso y judicial. Entre otras cosas, ésta es la respuesta al incremento legislativo y a las posibles nuevas acciones judiciales. En 1930, la Sears Roebuck, no sabía lo que eran las demandas por discriminación sexual.

Otro de los campos importantes para la abogacía es el inmobiliario; la compraventa de viviendas o (a nivel más sofisticado) la complicada labor contractual para centros comerciales complejos del extrarradio, edificios para oficinas o para apartamentos de lujo en copropiedad, etc. Los asuntos inmobiliarios son corrientes en las grandes sociedades de abogados y también en las más pequeñas: redactar testamentos y fideicomisos, dirigir la sucesión por entre los complicados trámites de la legalización de los actos de última voluntad, etc. Los grandes bufetes se ocupan de estos asuntos para los grandes empresarios y las familias acomodadas. Los bufetes medianos hacen los mismo para las familias de la clase media; para los empresarios del plástico, propietarios de restaurantes, empresas de lavado de vehículos, edificios de apartamentos, etc. Los abogados de las pequeñas ciudades se ocupan de los asuntos de fincas agrícolas y ganaderas. Y así sucesivamente.

Los grandes bufetes y los abogados que ejercen individualmente se parecen, curiosamente, en un rasgo fundamental: son generalistas. En medicina, los especialistas gozan de más prestigio y ganan más dinero que los médicos de medicina general o médicos «de cabecera». En la abogacía es distinto. Los grandes bufetes ganan más dinero y tienen un nivel de vida más alto y, sin embargo, son bufetes «generalistas» o, a lo más, bufetes de Derecho Mercantil, en general. Sus socios principales ganan hasta medio millón de dólares al año, o más. La especialización no es el camino para llegar a la cumbre. Por otro lado, los grandes bufetes están, *internamente*, especializados. Son más bien como clínicas u hospitales. Esta es una de las razones básicas del porque esos bufetes han llegado a sus dimensiones actuales.

Algunos sectores de la abogacía, claro está, tienden a la especialización. Hay abogados que consiguen una posición relevante en áreas inimaginables del Derecho. Los hay que se han especializado en patentes, en impugnaciones testamentarias, en recursos en materia fiscal, en divorcios o en derechos cívicos. Los hay también que trabajan en importación y exportación, en fletes marítimos, en espectáculos (Derecho de espectáculos) o en marcas registradas y derechos de autor. Hay también los llamados bufetes «boutique», sobre todo en Washington, que están especializados en ciertos aspectos del Derecho Administrativo. Hay abogados especializados en reclamaciones por daños y perjuicios, que se ciñen a los casos de responsabilidad civil debida a accidentes, a defectos de fabricación, o a negligencia profesional. Algunos abogados no hacen mas que demandas contra las compañías de aviación.

Por otra parte, son pocos los abogados que se dedican única-

mente a una especialidad. Así se desprende de una investigación llevada a cabo en el Colegio de Abogados de Chicago. El caso de los abogados criminalistas, que sólo se dedican a asuntos penales y no tocan otros campos, es excepcional. Incluso los abogados dedicados a los asuntos de propiedad industrial tienen más de una cuerda en su arco; sólo un 40%, según dicho estudio, se dedican únicamente a patentes. Y sólo un 22% de los especialistas en impuestos de sociedades no se dedican a nada más[15].

Los grandes bufetes cubren muchos campos y muchos temas. Pero hay áreas que, ciertamente, no tocan. Una de ellas es el divorcio. En Wall Street se hace muy poco derecho de familia, excepto quizás para cortar por lo sano ciertas disputas financieras que surgen cuando se hunde un millonario. Son los abogados de los pequeños bufetes y de las «clínicas» jurídicas, así como los que trabajan en solitario, los que se llevan los clientes de «un solo asunto»; parejas que quieren el divorcio, víctimas de un accidente de tráfico, detenidos por conducir bajo la influencia del alcohol, etc.

Algunos de estos abogados de clientes de un solo asunto tienen que luchar bastante para llegar a final de mes; otros ganan montones de dinero. Los abogados dedicados a reclamaciones por daños y perjuicios que llegan a ser famosos viven muy bien. Cogen los asuntos a «quota litis». Esto es, el abogado no cobra nada si se pierde el caso, pero si se gana, el abogado se queda con una buena parte; a menudo con un tercio. Ello es así tanto si el caso se transige como si se va a juicio. Si es mucho lo que se obtiene —en un caso por negligencia médico-profesional un jurado de Nueva York otorgó, en 1979, 4.848.000 dólares[16]— también son altos los honorarios. No hacen falta muchos casos como éste para que un abogado pueda nadar en la abundancia.

El dinero, desde luego, no lo es todo y el dedicarse a reclamar daños y perjuicios nunca da el prestigio de Wall Street. En parte esto es porque en Wall Street los clientes son más ricos y elegantes. Los abogados dedicados a reclamaciones por daños y perjuicios tratan con toda la gama posible de asuntos, desde los más importantes a los más nimios. Los abogados criminalistas, en particular, tienen que ocuparse de los ciudadanos menos apetecibles. Y todos los abogados con «clientes de un solo asunto» tienen que enfrentarse con la dificultad de conseguir nuevos asuntos. Sus clientes van y vienen; los abogados necesitan constantes transfusiones de sangre fresca. Porque, lógicamente, no hay nadie que, sucesivamente, sea susceptible de ser atropellado por un tren, que luego quiera el divorcio y que después sea detenido por homicidio. Los grandes bufetes de Wall Street tienen una clientela fija, un trabajo sólido año tras año. Desde luego luchan por conseguir nuevos asuntos y por conservar sus antiguos clientes. Pero, en general, se lucha en buena lid. Es más, esas cuestiones no salen a la luz pública. De hecho, odian la publicidad, la excesiva vistosidad les perjudica más de lo que les beneficia. Todo lo contrario de lo que sucede con los abogados criminalistas y los especialistas en divorcios y en reclamaciones por daños y perjuicios.

¿Qué clase de personas son los abogados?

La carrera de Derecho ha sido, desde principios del siglo XVIII, un medio importante para abrirse camino en la vida; una manera de llegar. Muchos jóvenes de cierta ambición se han dedicado a escalar esta montaña que, a fin de cuentas, ha sido siempre algo más fácil y menos resbaladiza que otras cimas. ¿Quiénes han sido esos hombres? En primer lugar hay que precisar que el término *hombres* debe tomarse al pie de la letra. Durante muchos años ser «*abogado*» implicaba ser un «hombre blanco». Hasta el año 1870 no se admitió a la abogacía a ninguna mujer y sólo a poquísimos negros.

En efecto, cuando las mujeres intentaron entrar en ese club de hombres solos encontraron, cuando menos, resistencia y prevención. Myra Bradwell fue una de las pioneras. Era la esposa de un abogado de Illinois y madre de cuatro hijos. En 1869 presentó su solicitud de admisión a la abogacía. Aprobó los exámenes, pero el Tribunal Supremo de Illinois la rechazó. La profesión de abogado no era adecuada para las mujeres y menos para las mujeres casadas. Al igual que los menores y los locos, eran consideradas «incapaces»; ni siquiera habían alcanzado la plenitud de derechos. Además, una mujer abogado era algo inimaginable: el ejercicio de la profesión se resentiría con el «trato deferente y delicado con que el sexo fuerte estimaba en mucho distinguirlas». La Sra. Bradwell apeló al Tribunal Supremo de los Estados Unidos, pero no consiguió nada. Según el magistrado Bradley, la familia tradicional estaba basada «en los preceptos divinos así como en la naturaleza de las cosas». Ello significaba que era inherente a la condición femenina la pertenencia a la «esfera doméstica» (es decir, a la cocina)[17]. Esta opinión se fue modificando, pero lentamente y a regañadientes. El mismo año en que Myra Brodwell fue rechazada en Illinois, Arabella Mansfield era admitida en Iowa. En Illinois, Alta M. Hulett fue la primera mujer abogada (no estaba casada); consiguió cruzar la barrera en 1873. En 1870, la

Universidad de Michigan admitió a las primeras mujeres estudiantes en la Facultad de Derecho. La Facultad de Yale hizo otro tanto en 1886 y la de Cornell en 1887.

A pesar de todo, la abogacía continuaba siendo, mayoritariamente, un mundo para hombres. Todavía en el año 1960, menos del 3% de los abogados del país eran mujeres. El cambio no se produjo hasta los años setenta. En 1965, el 4% de los estudiantes de Derecho eran mujeres; en 1973, el 16%; en 1979, el 32%. En las Facultades de Derecho empezaron a afluir las mujeres con cierta regularidad; también en los grandes bufetes y en la judicatura. En el año 1981, el Presidente Reagan nombró a Sandra Day O'Connor, graduada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Stanford, magistrada del Tribunal Supremo de los Estados Unidos. Fue la primera mujer de la Historia que se sentó en este Tribunal. La Presidencia de la Magistratura de California, en 1984, la ostenta una mujer (Rose Bird). En 1967, no había en ninguna Facultad de Derecho norteamericana más de dos mujeres en el claustro de profesores. En la mayoría no había ninguna. Pero en 1979 sólo había cuatro Facultades de prestigio que no tuviesen *ninguna profesora* de Derecho y había diez Facultades con seis o más mujeres en la docencia[18].

Los abogados negros fueron también una «rara avis» en la Historia americana. Uno de los primeros fue John Mercer Langston. Langston era el hijo del dueño (blanco) de una plantación y de una esclava. Accedió a la abogacía en Ohio, en 1854. Posteriormente ocupó el cargo de Director del Departamento de Derecho de la Universidad de Howard, que abrió sus puertas después de la guerra civil y se dedicó a preparar a pequeños grupos de abogados de raza negra[19].

También en ese tema se avanzaba con penosa lentitud. En 1965, los negros constituían el 11% de la población, pero menos del 2% de los miembros de las profesiones jurídicas y sólo el 1,3% de los estudiantes de Derecho; casi la mitad de ellos estaban en Facultades reservadas a los negros. Entonces empezaron a entreabrirse un poco las puertas, tanto en las Facultades de Derecho como en los Colegios de Abogados. Algunas Facultades idearon programas especiales para preparar y sacar estudiantes negros y ayudar a paliar el desequilibrio racial en la Abogacía. En 1977, alrededor del 5% de los estudiantes de Derecho del país eran negros, muchos de ellos —quizás la mayoría— no hubiesen sido admitidos en la Facultad de haberse seguido criterios estrictamente «numéricos»[20]. Tampoco los «chicanos» hubiesen tenido mayor éxito. Hay, claro está, fuertes discrepancias sobre esta especie de «discriminación benigna». Fue el tema del famoso caso *Bakke*, en el que un estudiante blanco se quejaba de las cuotas raciales en las admisiones de estudiantes de medicina.

En el pasado, los grandes bufetes fueron tan discriminatorios como las Facultades de Derecho e incluso más. En la década de 1950 la mayoría de sus abogados eran totalmente W.A.S.P.*. Los judíos eran tabú. Los católicos, sospechosos y escasos. Los judíos miraban de tener sus propios bufetes, algunos llegaron a ser muy importantes. Por aquel entonces, la mayoría de las barreras para entrar en los grandes bufetes habían ya desaparecido. Las barreras contra los negros y las mujeres fueron más resistentes, aunque ahora ya están en franco descenso. En cualquier caso ya no son tan patentes ni manifiestas. Ciertamente, muchos bufetes se deciden a coger a un negro o a una mujer por razones «simbólicas». Pero los símbolos también son importantes; acaban por demostrar al bufete «Fulano & Mengano», por ej. que el cielo no se derrumba por tener a un negro o a una mujer como abogados asociados.

Sin embargo, la igualdad de oportunidades no es un objetivo fácil. Las barreras estructurales no se desmantelan en un santiamén y el costo de la enseñanza del Derecho es una de estas barreras. En los años 1983-84 sólo la enseñanza en una Universidad privada de prestigio costaba más de 8.000 dólares al año. Un informe de Chicago aporta datos inquietantes. Los abogados suelen proceder de familias de empresarios, de maestros y de profesores; no se trata, pues, de familias de mineros o de verduleras. Más del 73% de los abogados ejercientes de Chicago proceden de «familias de clase alta o de una sólida clase media», lo cual representa una proporción mucho mayor que si los abogados se hubiesen seleccionado al azar de entre todas las familias de Chicago. Muchos proceden de medios profesionales o jurídicos. Y el porcentaje de abogados procedentes de las clases trabajadoras está más bien bajando que subiendo[21].

Cómo se llega a ser abogado

En Inglaterra existe una clara diferencia entre dos clases distintas de abogados. Los «barristers» y los «solicitors»**. Los «barristers», con sus togas y pelucas, ejercen la abogacía ante los tribunales; los «solicitors» hacen las otras funciones del abogado pero no pueden ejercer ante los tribunales superiores. Los «solicitors», en ge-

---

*W.A.S.P.: «White-anglo-saxon-protestant», es decir; blancos, protestantes y anglosajones. (N. del T.).

**Para un mejor entendimiento se conservan los términos originales (N. del T.).

neral, son menos famosos y encopetados que los «barristers», pero sólo los «solicitors» tratan normalmente y de manera directa con los clientes. Algunos estados americanos hicieron, tiempo atrás, distinciones parcidas entre diversos rangos o clases de abogados (Nueva York, Nueva Jersey, Massachussets, Virginia), pero hacia mediados del s. XIX todo esto desapareció y nos quedamos con una sola categoría: el abogado.

Nunca fue, en el pasado, un título muy difícil de conseguir. En el s. XIX la abogacía era, comparada con las demás carreras, una profesión bastante abierta. Hasta cierto punto es un halago llamarle profesional al abogado del s. XIX. Hoy, el camino de la abogacía es un largo y duro sacrificio; primero la escuela, después tres años en la Facultad de Derecho (suponiendo que uno pueda entrar); luego todo un curso de duro estudio y, finalmente, el verdadero examen para ser abogado. El solo examen de abogado es, en muchos estados, una carrera de obstáculos. El 52,5% de los estudiantes que se presentaron a exámenes de abogado en otoño de 1982, en California, suspendieron.

El examen de entrada a la abogacía era totalmente distinto en el s. XIX. En el 1800, los estudios de Derecho, tal como los conocemos hoy, no existían. A la abogacía se llegaba a través de la pasantía. El joven que quería ser abogado se ponía de «pasante» en un bufete. Se instalaba en un bufete durante cierto tiempo y se acostumbraba a manejar los libros de Derecho. A menudo los pasantes ayudaban en los trabajos más ingratos del bufete; copiar documentos, escribir alegatos, hacer recados. Antes de la época de la máquina de escribir, del teléfono, de la estenotipia, de la xerografía y de los procesadores, los abogados *necesitaban* pasantes. Si tenían suerte, estos empleados podían, además, prepararse para la profesión. Pero no todos los pasantes lo conseguían[22].

En la mayoría de los estados el examen de abogado apenas sí eliminaba a nadie; prácticamente no era ningún obstáculo. Algunos estados (Indiana, p. ej.) lo suprimieron durante un cierto período de tiempo. En los demás lugares en donde existía, era corto y no muy duro. Salmon P. Chase hijo, que fue más tarde presidente del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, aprobó en 1829 en Washington su examen de abogado. «Raras veces —escribió— ha habido un candidato al examen para abogado que se haya presentado con un bagaje de conocimientos más pobre que el mío». Chase había pasado una temporada en el bufete de William Wirt, entonces Fiscal general, como estudiante de Derecho. Había leído a Blackstone y a unos pocos autores más. Wirt «nunca me examinó. Sólo una vez me preguntó por mis estudios». El examen de abogado fue, asimismo, una mera formalidad. El Magistrado Cranch le hizo unas pocas preguntas. Chase las contestó, pero «no muy bien». El juez le dijo: «tiene que estudiar otro año». Pero Chase pidió clemencia: «ya tengo todas las cosas a punto para irme al Oeste a ejercer como abogado», dijo. El juez «cedió» y Chase pudo prestar juramento[23]. Así eran los buenos y viejos tiempos.

Las enseñanzas de Derecho en el marco de una Facultad se desarrollaron muy tarde, si bien, en cierto aspecto, puede considerarse que se iniciaron a finales del s. XVIII. Hubo dos métodos de enseñanza distintos que terminaron por fundirse. Siempre había habido abogados a quienes les *gustaba* enseñar a los pasantes y que lo hacían muy bien. Empezaron a dedicar cada vez menos tiempo a los clientes y más a los pasantes. Empezaron a admitir a nuevos pasantes que pagaban a cambio de aprender Derecho. El ejercicio de la abogacía era finalmente abandonado y el bufete se convertía en una escuela.

Esta es, más o menos, la historia de la famosa escuela Litchfield; la primera Facultad de Derecho del país. Fue fundada por el juez Tapping Reeve, en Litchfield, Connecticut, en 1784. Permaneció abierta hasta 1833 y llegó a ser muy famosa en su época. La escuela Litchfield tenía muy poco en común con las modernas Facultades de Derecho. Era de aspecto modesto; un sencillo edificio que se parecía mucho a una escuela rural. No había requisitos ni condiciones de entrada, ni tampoco exámenes finales. En Litchfield se usaba el sistema de las conferencias. El curso entero duraba algo más de un año. Había conferencias cada día. Los estudiantes tomaban todos los apuntes que podían. Los sábados había exámenes sobre el trabajo de la semana. Ni que decir tiene que la enseñanza era eminentemente práctica.

Hubo, en todo el país, un cierto número de escuelas tipo Litchfield. Terminaron por desaparecer y por fusionarse con la otra corriente; la de la enseñanza en el marco universitario. En ella pronto se tomó a Blackstone como modelo. Es claro que sus conferencias de Oxford, de a mediados del s. XVIII, no habían sido pensadas para la formación de futuros abogados, sino más bien para profanos con una buena preparación. Pero su ejemplo hizo avanzar mucho el concepto de la enseñanza del Derecho en la Universidad. Las conferencias de Blackstone habían sido la fuente de sus «*Commentaries*» que tuvieron un éxito fabuloso en ambos lados del Océano. Los colegios y las universidades americanas empezaron a copiar el método de

Blackstone. La primera cátedra de Derecho fue la del William and Mary College. Uno de los titulares de esta cátedra, St George Tucker, publicó, en 1803, una edición americana de la obra de Blackstone, puesta al día, con notas y comentarios americanos.

Fue Harvard, sin embargo, la primera Universidad con una Facultad de Derecho propia. En un primer momento, desde el año 1816, más o menos, las enseñanzas de Derecho fueron una especie de mezcla del método Litchfield y del de Blackstone. Sus pretensiones intelectuales, claro está, iban más allá de las de Litchfield, sobre todo en la cátedra de Joseph Story. Story fue el primer titular de la nueva cátedra fundada por Nathan Dane (1829). Story era un magistrado del Tribunal Supremo de los Estados Unidos que había escrito varios tratados de Derecho, muy doctos pero pesados. A pesar de Story y de sus sucesores, la Facultad de Derecho de Harvard, de mediados del s. XIX, no fue la Facultad dura y exigente que aparece en «*The paper chase*». Cuando Joseph Hodges Choate entró en la Facultad de Derecho de Harvard, en 1852, encontró el nivel «muy bajo». «No había ningún tipo de examen de entrada, de fin de curso ni de final de carrera. Todo lo que se necesitaba era pasar allí cierto tiempo —dos años— y pagar la matrícula»[24].

Todo esto cambió radicalmente en 1870. Fue en este año cuando empezaron las enseñanzas de Derecho tal y como las conocemos hoy. Surgieron de la mente de Christopher Columbus Langdell, que aquel año accedió al Decanato de la Facultad. Langdell revolucionó los estudios del Derecho. Ideó; por así decir, el método de los casos prácticos con los que los estudiantes leían y debatían procesos ya fallados por los tribunales de apelación. Estos casos se recogían en repertorios de jurisprudencia, el primero de los cuales corrió a cargo del propio Langdell. También implantó el método socrático de enseñanza; enseñar mediante preguntas y respuestas. Las conferencias habían pasado a la Historia[25].

En cierto modo también creó la figura del catedrático de Derecho. Antes de Langdell los profesores de Derecho habían sido jueces y abogados en ejercicio. Solían conservar sus «verdaderas profesiones»; la enseñanza era una actividad secundaria. Joseph Story era magistrado en activo del Tribunal Supremo en los años en que vino a enseñar en Harvard. Otros profesores habían llegado a la docencia después de haber sido jueces y abogados. El Magistrado Presidente del Tribunal Supremo de New Hampshire, Joel Parker había sido nombrado catedrático de Harvard en 1847, a la edad de 52 años[26]. Langdell terminó con esas prácticas. Contrató a James Barr Ames, casi recién salido de la Facultad de Derecho. Ames no tenía ninguna experiencia profesional como abogado. Langdell tenía fe en él; no como abogado, sino como profesor. Para Langdell el Derecho era una ciencia; su enseñanza tenía que ser impartida por personas expertas en esa disciplina. Era irrelevante que se hubiesen dedicado o no al ejercicio de la abogacía.

Los métodos de Langdell eran novedosos y molestos; recibieron una fuerte oposición, incluso en Harvard. Poco a poco la oposición fue cediendo y el método de Langdell acabó triunfando sobre todos los demás. Hacia la segunda década del s. XX, el método de Harvard, de estudio de la jurisprudencia, era casi universal. Hoy en día sigue siendo el más utilizado. Se han hecho, desde luego, muchos cambios en el programa. Algunas Facultades también han intentado un enfoque más «clínico», introduciendo algunos cursos de jurisprudencia o casos prácticos. Pero el núcleo del sistema Langdell ha resistido a los cambios.

Después de la revolución de Langdell, las Facultades de Derecho aumentaron de nivel. Se estableció un programa determinado; las clases se desarrollaban según el método socrático y los cursos terminaban con exámenes finales. El método de Langdell era austero, abstracto. Langdell concebía el Derecho como una ciencia y separaba su estudio del sucio mundo del ejercicio profesional, y también de la política, la Historia, la economía y el contexto social. En sus Facultades sólo se enseñaban principios jurídicos; en la Facultad, el entorno social estaba desterrado y confinado a otras parcelas de la Universidad; por ejemplo al departamento de Ciencias Políticas o Administrativas. Y, sin embargo, en otros aspectos, el nuevo modelo de Facultad de Derecho estaba mucho más relacionado con el resto de la Universidad. Las Facultades de Derecho del s. XIX habían sido, en general, reinos independientes; ellas mismas establecían los precios de las matrículas y de los cursos; se autogobernaban y casi no tenían nada que ver con su Universidad, excepto que tenían su mismo nombre.

Asimismo, la Facultad de Derecho puso fin a la pasantía como principal vía de acceso a la abogacía. En 1850 había en el país 15 Facultades de Derecho; en 1870, 31; en 1900, 102; en 1981 la Asociación Norteamericana de Abogados reconoció a 181 Facultades. La pasantía, como forma de acceso a la abogacía, está prácticamente extinguida. En algunos estados, notablemente en California, hay muchos Centros no oficiales de enseñanza del Derecho. Algunos son de propiedad privada, esto es, ganan dinero o lo intentan. Para in-

gresar en ellos se exige poco, pero poco es también el éxito que consiguen aquellos de sus alumnos que desean ingresar en la abogacía[27].

Hay, por tanto, unas 200 facultades de Derecho en el país. Son muy parecidas en unas cosas y distintas en otras. Son similares en programas y método. También intentan uniformar los requisitos exigidos para el ingreso; el diploma de graduado y el examen de admisión a la Facultad (LSAT)*. Este examen empezó a aterrorizar a los estudiantes allá por los años 1950. Para ser admitidos a las Facultades de Derecho —excepto a las más flojas— se precisa sacar buena nota. Por otra parte, las Facultades de Derecho son muy distintas en cuanto a pretigio, dinero y poder; y también en la calidad de la enseñanza y de los estudiantes; al menos en teoría. En las décadas de 1960 y 1970 llegaron a las puertas de la Facultad de Derecho tremendas oleadas de estudiantes que aspiraban a ingresar. Las Facultades más antiguas y de más alto nivel pudieron elegir a la «flor y nata» de los estudiantes. En 1979 hubo, por ejemplo, 72.000 aspirantes, muchos más de los que podían esperar entrar. Parece que hoy la oleada empieza a decrecer, pero la demanda es aún muy alta.

Las Facultades se diferencian también en otros aspectos. Las de Harvard, Yale y Chicago pueden permitirse grandes Bibliotecas para la investigación; las pequeñas Facultades no pueden. Durante muchos años las Facultades ricas fueron principalmente para los ricos. No obstante, la enseñanza pública del Derecho ha tenido una honrosa trayectoria, sobre todo en el Middle West (Michigan, Wisconsin, Minnesota) y en el Oeste (California). A finales del siglo pasado se crearon muchas Facultades para dar cursos nocturnos. Hacia 1900 había unas veinte, muchas de las cuales todavía existen, si bien también suelen dar cursos diurnos. Sus alumnos procedían, principalmente, de la clase trabajadora. De estas Facultades salieron los abogados procedentes de las familias de inmigrantes. Polacos, Italianos, Judíos, Holandeses y Griegos, que a menudo regresaban a sus barrios de origen para ofrecer sus servicios a sus compatriotas. Los graduados en estas Facultades difícilmente consiguen llegar a Wall Street o a La Salle Street. Los grandes bufetes están formados por los graduados de las Facultades nacionales, no de estas Facultades «locales»[28]. Pero de las Facultades locales y nocturnas han salido jueces locales y políticos, de modo que, a su manera, tienen una gran influencia y poder. Sus ex-alumnos gobiernan en la Administración de los estados, o al menos, en los Ayuntamientos.

---

*Iniciales de «Law School Admission Test». (N. del T.).

La organización de la abogacía

Los abogados, como los demás norteamericanos, en general, tienen tendencia al asociacionismo. Y sin embargo, la abogacía no contó con una organización fuerte y permanente hasta la década de 1870. El primer Colegio de Abogados moderno fue el Colegio de Abogados de la ciudad de Nueva York. Fue fundado en 1870 por lo que un abogado llamó «la parte decente de la profesión». Esta «parte decente» estaba indignada a causa de la plaga de abogados, jueces y políticos corruptos de Boss Tweed's, New York. Pocos años después, en 1878, «setenta y cinco caballeros» abogados, reunidos en Saratoga, Nueva York, fundaron una asociación nacional: la Asociación Norteamericana de Abogados.

Los Colegios de Abogados no pretendieron, en sus primeros tiempos, afiliar al conjunto de los abogados norteamericanos. Eran, básicamente, clubs de abogados de ideas parecidas y de nobles propósitos. Lo que realmente querían era mantener fuera a los sinvergüenzas y sólo admitir a los «mejores elementos» de la procesión. Su propósito era la reforma, mejorar los estatutos, luchar contra la corrupción, elevar el prestigio de la profesión.

Tenían otras ideas menos defendibles. La Asociación tuvo un pasado algo vergonzoso por su oportunismo y su favoritismo. Debido a un despiste, en 1912, la Asociación admitió a tres abogados negros. Cuando la Junta se dio cuenta de lo sucedido intentó deshacer esa terrible equivocación ya que la «costumbre establecida» era la de «admitir sólo a hombres blancos». A los tres negros se les permitió quedarse, pero en adelante, en su solicitud, los aspirantes tendrían que hacer constar su raza para evitar más «equivocaciones» en el futuro. La Asociación tomó también posiciones reaccionarias en materia de libertad de expresión y de discrepancia política. Su posición durante la guerra fría fue impresentable. En lugar de apoyar la Declaración de Derechos de 1950, la Asociación decidió que «todos los abogados tenían que demostrar su lealtad prestando juramento de anticomunismo»[29].

De hecho, la Asociación Norteamericana de Abogados representaba a la capa más alta de la profesión y defendía sus valores. Muy pronto la Asociación impulsó la adopción de un Consejo deontológico e intentó elevar el prestigio de la profesión, mediante el establecimiento y la observancia de unas determinadas reglas éticas. Esto tenía su lado bueno y su lado malo. El lado bueno era la lucha por una mayor honradez y un nivel más digno. El lado malo era el eli-

tismo; una especie de conservadurismo obstinado sobre las grandes cuestiones profesionales y una falta de consideración para los derechos de los consumidores de servicios jurídicos. Hasta la deontología era parcial. En las normas deontológicas antiguas, la Asociación prohibía la publicidad. Al fin y al cabo en Wall Street no hacía falta publicidad. Los abogados menos importantes la echaban en falta, pero la Asociación no se sentía involucrada en tales necesidades. También el ciudadano de a pie se encontraba en desventaja: le era difícil saber lo que los abogados podían ofrecerle. Sin embargo, la norma daba por sentado que «la información continuaría estando repartida de forma desigual e incorrecta»[30]. La abogacía no quería tampoco la competencia de precios. En muchos estados había normas de honorarios mínimos. Las rebajas de honorarios estaban mal vistas.

La Asociación Norteamericana de Abogados ha andado un largo camino desde 1950. Pero todavía no es la asociación de todos los abogados norteamericanos. Nadie está obligado a pertenecer a ella. Sin embargo, en la actualidad, más de la mitad de los abogados ejercientes son miembros de ella y pagan la cuota. Bajo presiones de dentro y de fuera la Asociación ha cambiado de mentalidad. Ya no es un club sólo para hombres blancos: está abierta a cualquier abogado estadounidense. La abogacía ha reconsiderado también su código deontológico. La llamada Comisión Kutak propuso una revisión fundamental del mismo. La abogacía, en 1983, la rechazó, pero el debate abrió una discusión sobre determinadas cuestiones que antes se habían aceptado sin parpadear. Ha habido también intervenciones del exterior. En 1976 el Tribunal Supremo dejó sin efecto las normas de honorarios mínimos[31]. Al siguiente año, el Tribunal anuló también la prohibición de hacer publicidad.

Fue en el caso *Bates C/ el Colegio de Abogados de Arizona*[32]. John R. Bates y su socio Van O'Steen dirigían una «clínica jurídica» en Phoenix, Arizona. Sus anuncios en la prensa («¿Necesita Vd. un abogado?») desencadenaron el proceso. Bates lo ganó y, desde entonces, son cada vez más los abogados que hacen publicidad. Ponen incluso anuncios en TV. Como es lógico, tales anuncios no van destinados a los americanos ricos, ni se dirigen a la General Motors o a la IBM: pretenden llegar, por ej., al detenido por conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, que nunca ha necesitado los servicios de un abogado y ni siquiera sabe dónde encontrar uno. La publicidad pone frenético al abogado tradicional pues sus ventajas son, ciertamente, discutibles. Queda por ver lo que va a representar, a la larga, para la profesión.

La Asociación Norteamericana de Abogados es una más de las muchas organizaciones de abogados que hay en el país. Hay también Colegios estatales, de condado y locales. En más de la mitad de los estados —North Dakota ya empezó en la década de 1920— es «obligatorio» pertenecer al Colegio de Abogados. Significa que los abogados no pueden ejercer si no se inscriben en el Colegio de Abogados del estado y pagan sus cuotas. Gracias a estas contribuciones forzosas, los Colegios obligatorios son cada vez más ricos e importantes. El Colegio obligatorio es, en teoría, más idóneo para controlar a sus miembros y mantenerlos en el sendero estrecho de la rectitud. Hay algunos abogados que no están de acuerdo con esto. Son muchos los estados que han rechazado este tipo de colegio; que lo han criticado por ser una especie de «coto cerrado» para abogados y una imposición a los derechos humanos y a la libertad personal. La discusión no ha terminado aún.

Los abogados siempre han pregonado (ante un público bastante escéptico) que son técnicos honrados y altruistas. Hay, desde luego, algunas manzanas podridas en cada cesto, pero la abogacía sostiene que a ella le corresponde apartarlas. Las actuaciones de los Colegios en esa materia son, cuando menos, muy desiguales. La última palabra la tienen los Colegios de Abogados del Estado y los jueces. La sanción más grave es la expulsión del Colegio; esto es, la pérdida del derecho a ejercer la abogacía. En 1961-62 se expulsó a 74 abogados en los 50 estados y se suspendió temporalmente a 9[33]. Según Deborah L. Rhode, en 1987, la Administración recibió 30.836 quejas contra abogados lo suficientemente graves para que se abriera expediente; pero en todo el país sólo 124 abogados fueron sancionados con la expulsión[34].

Así pues, son pocos los abogados realmente sancionados por sus faltas. Y, sin embargo, las reclamaciones presentadas y cursadas deben ser sólo la punta del iceberg, salvo si consideráramos que los abogados fuesen honrados hasta el límite de lo imposible. Los órganos disciplinarios «responden mal» a los clientes y a sus reclamaciones. La abogacía castiga a sus miembros sólo por infracciones muy flagrantes; apropiarse del dinero del cliente, por ej. Para casi todas las demás faltas, incluida la incompetencia profesional, los abogados son muy condescendientes (lo que es muy comprensible) con ellos mismos. Y muchas de las normas deontológicas no se exigen en absoluto.

Por ejemplo, según el Código deontológico, es incorrecto que un abogado pase un caso a otro compañero y se reparta con él los

honorarios. Esto es, si un cliente encarga un asunto al abogado X, este tiene que llevarlo en persona. En cambio, si pide la colaboración de otro compañero por el motivo que sea, tienen que repartirse los honorarios en proporción al trabajo que, de hecho, cada uno haya efectuado. Según un estudio realizado sobre los abogados dedicados a reclamaciones por daños y perjuicios, en Nueva York, esta regla es «sistemáticamente infringida». A mayor abundamiento, hay un «acuerdo tácito» de no considerar esa infracción como «falta grave»; las organizaciones colegiales de los abogados sólo persiguen los casos realmente graves[35].

El papel de los abogados en la sociedad: ¿Son los abogados los que gobiernan el país?

Desde el mismo comienzo de la República, los abogados han pululado por los gobiernos federales, estatales y locales. En Indiana, por ej., y hasta la década de 1850, de los ocho primeros gobernadores, siete fueron abogados; de los trece primeros vice-gobernadores, once fueron abogados; lo fueron también ocho de los primeros nueve senadores y cuarenta y cinco de los sesenta y un parlamentarios[36]. Muchos presidentes, desde John Adams hasta Richard Nixon y Gerald Ford, fueron abogados; ninguna otra profesión ha dado tantos presidentes. Abraham Limcoln y Franklin D. Roosvelt fueron abogados. Muchos son los abogados que han ocupado cargos en la Administración, ya sea como Secretarios de Estado o miembros del gabinete. Los cargos inferiores, contando hasta el último nivel local, los han ocupado en cantidad mayor, mucho mayor a la de su «propia» cuota proporcional de participación.

Ello no es por casualidad. En primer lugar, el trabajo de un abogado está íntimamente ligado con las tareas de gobierno. El gobierno es un gran productor y suministrador de normas jurídicas y las normas jurídicas es lo que los abogados mejor conocen. A muchos abogados que ejercen la profesión, la carrera política les va como anillo al dedo. Si una doctora o una dentista de Chicago se fuera a Springfield a ocupar un escaño en el parlamento de Illinois, quizás resultara muy perjudicada en su carrera. Pero si se trata de una abogada, el efecto puede ser muy distinto; la política puede beneficiar a una abogada parlamentaria, especialmente si en su bufete ha dejado algún socio. Puede adquirir fama de tener buenas relaciones y de saber las teclas que hay que tocar; la fama del abogado que consigue lo que se propone.

También esto es válido para los cargos en la Administración Federal. No puede decirse que el abogado que ocupa un alto cargo en el Departamento de Estado, de Transportes, de la Vivienda o de Desarrollo Urbano esté perdiendo el tiempo en su carrera. Un cargo así, de hecho, puede representar un peldaño más en su carrera. Adquirirá práctica en infinidad de cosas y sabrá a quien conviene conocer. Cuando deje su puesto en la Administración es probable que obtenga otro como asociado en un gran bufete. La experiencia obtenida en organismos legislativos tales como las comisiones de Comercio Interestatal (ICC), la Comisión de Valores y Bolsas (SEC), el Servicio de la Renta Interna o la División Antimonopolio del Departamento de Justicia hacen que el abogado sea más valioso para sus clientes privados. Estos abogados suelen terminar trabajando por las empresas que antes regulaban desde la Administración. A nadie sorprende que un fiscal general sea después jefe de la Asesoría Jurídica de IBM; o que un especialista en efectivos militares del Pentágono se convierta luego en socio de un bufete cuyos clientes fabrican misiles y tanques.

En los últimos años los abogados han perdido algo de su antigua presencia masiva en el Congreso y en los legislativos de los estados. En 1966, el 26% de los parlamentarios de los estados eran abogados; en 1979, el 20%. En el año 1980 los abogados, por primera vez en muchos años, no llegaron a la mitad de los escaños del Congreso[37]. Una de las causas de ello es que estos cargos (en el Congreso y en los legislativos de los estados) son ahora más pesados. Ahora son, sin duda, a jornada completa, por lo menos en el Congreso. Por primera vez en nuestra Historia, los cargos políticos estatales pueden ser un estorbo en la carrera de un abogado.

Puede que esta tendencia continúe. Por el momento, en la Administración, los abogados son aún tan numerosos como las abejas de un enjambre; a dondequiera que uno vaya se tropieza con un abogado, sea en la propia burocracia o fuera de ella, actuando como asesor de una empresa que trabaja para el gobierno. Hay mucha gente que piensa que quizás los abogados tengan excesiva influencia en los Estados Unidos. Los abogados, en general, tienen una pésima imagen. El poeta Carl Sandburg se preguntaba con énfasis porqué «relincharían»* los caballos del coche mortuorio cuando conducían el cadáver de un abogado. Se han dicho aún cosas peores de los abogados. Se sospecha que los «superabogados», los potentes bufetes de

*«snicker» lo mismo significa «relinchar» que «sonreírse por lo bajo». (N. del T.).

Washington, gobiernan la nación y lo hacen en nombre y por cuenta de sus malvados y poderosos clientes. En el otro extremo de la escala encontramos, en cambio, a los que algunos llaman picapleitos y busca-lios; a los que esperan las ambulancias en busca de clientes, etc.

Los abogados criminalistas tienen su propia y peculiar mala imagen. Los abogados políticos suman dos malas reputaciones en una. El escándalo Watergate empeoró aún más las cosas. Las personas que estaban en connivencia con Richard Nixon —y él mismo— eran en su mayoría abogados; su moralidad quedó manchada por culpa de su «ciega ambición».

Y, sin embargo, la deontología de los abogados no es, probablemente, peor que la de las demás profesiones. Los mismos abogados tienen parte de culpa al proclamar con exceso —proclamación hipócrita— que no les interesa el poder ni el dinero; que sólo buscan la Justicia. A veces también se piensa mal de ellos por asociación de ideas. Sus clientes suelen ser personas con problemas. Los santos no necesitan abogados; los gansters sí. Los comerciantes fantasmas y las empresas que contaminan las aguas de los ríos necesitan a los abogados más que las empresas estables y respetuosas con la ley. Los matrimonios felices no van a ver al abogado. Los que quieren divorciarse, sí. Y así, sucesivamente.

Los abogados son, ciertamente, una ayuda para sus clientes. Pero en conjunto, ¿son buenos para el país? ¿Qué es lo que los abogados aportan? ¿Estamos mejor o peor que los países que tienen menos abogados? En resumen ¿hay o no demasiados abogados para nuestro propio bien? No es fácil contestar a esas preguntas. Existen algunos trabajos que dan una o dos pistas. Algún investigador ha tratado de estudiar el comportamiento de los abogados en los legislativos de los estados y compararlo con el de los no abogados. ¿Acaso los abogados, por ejemplo, del Parlamento de Tennessee votan y actúan sistemáticamente de modo distinto al de los demás parlamentarios? Si es así, podremos concluir que la profesión de abogado conforma una cierta personalidad, un cierto tipo de ideas. Si constituimos un parlamento o un organismo administrativo con personas de esa índole, lo estaremos modelando de una forma peculiar.

En conjunto, estos estudios dieron resultados negativos. De haberlas, son muy pocas las diferencias entre la forma en que votan y actúan en los parlamentos estatales[38] los abogados y los que no lo son. Es el trabajo de parlamentario y la situación social en que se halla —las presiones del electorado, por ejemplo— lo que condiciona al abogado y no al revés. Hay estadísticas que han detectado algunas diferencias; en política, los abogados son, comparados con los demás parlamentarios, más independientes, más eficaces; tienen una mentalidad más reformadora; están más prestos a defender las leyes[39]. Pero ni siquiera estos resultados demuestran que los abogados tengan una ideología especial o que influyan en el desenvolvimiento del país.

Es inquietante comparar a la abogacía estadounidense con la de otros países. Con la del Japón el contraste es sorprendente. El Japón tenía en 1960 una población de más de noventa millones de personas y sólo 9.114 abogados agrupados en unas pocas grandes ciudades[40]. El panorama no ha cambiado mucho desde entonces. Por cada mil ciudadanos americanos hay más de veinte abogados más que en el Japón. Los japoneses parecen satisfechos de seguir manteniendo un pequeño número de abogados. Treinta mil estudiantes japoneses intentaron, en 1980, aprobar el examen de ingreso al Instituto de Estudios Judiciales y Forenses. Es uno de los requisitos para acceder a la abogacía. Sólo aprobaron quinientos[41].

Y, sin embargo, el Japón no es un país primitivo. Es un gigante industrial. Sus enormes empresas industriales venden coches, radios y cámaras en todo el mundo. Si Sony o Nissan Motors fuesen empresas americanas tendrían centenares de abogados en nómina en la misma empresa o al alcance de la mano en Wall Street. Obviamente, en Estados Unidos los abogados hacen cosas que no hacen los abogados japoneses o que no se hacen en el Japón.

No sabemos cuales son esas cosas. Es posible que a los japoneses no les guste pleitear, pero tampoco les gusta a los empresarios americanos y pleitear tampoco entra en los cálculos de un cierto número de abogados americanos. Lógicamente, en los dos países no se tiene el mismo concepto del trabajo del abogado. Los japoneses pueden prescindir fácilmente del tipo americano del abogado. Podemos concluir que no necesariamente hay una forzosa conexión entre la abogacía de tipo estadounidense y la sociedad moderna, el capitalismo, el estado del bienestar o la sociedad industrial. Más bien diríamos que la profesión de abogado en Norteamérica es, al menos en parte, única y peculiar; modulada según las características de la sociedad estadounidense. Pero no sabemos con exactitud cuáles y cómo son exactamente esas características.

Ello no quiere decir que los abogados no pesen en los Estados Unidos. Desde luego que sí. No se concibe a seiscientos mil abogados sentados por ahí contemplando las estrellas. Trabajan, se mueven y

hacen cosas. En este país se ha desarrollado un tipo de cultura que, de alguna manera, es tributaria de esa multitud de abogados. Nuestro sistema empresarial, al contrario del de Japón, no puede prescindir de los abogados y también el sistema social depende singularmente de la abogacía. ¿Estaríamos, pues, mejor con menos abogados? No sabemos la respuesta. Sin abogados, ésta sería una sociedad distinta en una clase de mundo distinto.

Los abogados y la Justicia social

El trabajo de los abogados es el de conseguir que se haga justicia. Esto es, al menos, lo que proclaman. Cuando un hombre o una mujer son acusados de un delito o de una infracción fiscal o perseguidos de alguna manera por la Administración o demandados por un vecino malvado, lo que quieren es justicia, equidad y el respeto de sus derechos. Sólo un buen abogado les puede conseguir todo esto. Si el abogado es un vivales también puede conseguir corromper a la Administración de Justicia en algunos casos. Y esto también sucede.

De hecho, el abogado trabaja con la justicia y con la injusticia. Está en los dos extremos de un mismo asunto: en los dos lados del caso. Algunos abogados se sienten atraidos por las causas perdidas, como las mariposas por la luz, hombres como Clarence Darrows, «el abogado de las causas perdidas» que defendía a anarquistas y asesinos[42]. Hay abogados de izquierdas, como William Kunstler, que llevaba las causas de las personas despreciadas por el resto de la sociedad. Están los abogados del ACLU, que defienden la libertad de expresión tanto para las izquierdas como para las derechas; algunos de sus clientes, como por ej. los nazis americanos, odian todo lo que el ACLU defiende y estima.

Sin embargo, son muchos miles los abogados que trabajan para el mantenimiento del «status quo». Representan a los empresarios norteamericanos, especialmente a los grandes, así como a las personas de gran potencial económico. Trabajan para los intereses petrolíferos, para los fabricantes de ordenadores o los consorcios inmobiliarios. A veces se dice que los abogados son, por naturaleza, conservadores. Es más exacto decir que los abogados, como la mayoría de la gente, intentan ganarse la vida. Van a donde hay dinero y el dinero se encuentra en los más altos niveles empresariales y sociales. Los abogados gravitan alrededor del régimen que está en el poder, sea el que sea; en ese sentido puede decirse que son conservadores, pero sólo si el

régimen es conservador. En un régimen comunista los abogados tratan de ser fieles miembros del partido. Y, evidentemente, siempre hay excepciones. Hay, como decíamos, abogados de izquierdas y abogados disidentes. Algunos abogados incluso han llegado a ser destacados revolucionarios, hombres como Fidel Castro o Nehru, en la India.

El Derecho y los abogados cuestan dinero. Muchos de los que desean o necesitan un abogado tienen dificultades para pagar sus honorarios. La Justicia cuesta dinero, pero en una sociedad justa no debería ser el dinero la única posibilidad de acceder a ella. Por eso, el estado nombra gratuitamente abogado defensor a toda persona acusada de un delito grave que no pueda contratar uno por su cuenta. En muchos estados este derecho constitucional se reconoció hace ya tiempo. En 1963, a consecuencia del famoso caso *Gideon C/ Wainwright*[43], el Tribunal Supremo lo extendió a todos los estados. Hoy en día, los «defensores de oficio» que cobran del estado, defienden a la mayoría de acusados de delitos graves.

Para los casos civiles la cuestión es más complicada. Siempre ha habido unos pocos abogados que han accedido, a veces, a trabajar gratis para los clientes pobres. Desde finales del siglo pasado algunos condados han implantado programas de asistencia jurídica. La Asociación de Asistencia Jurídica de Nueva York debe sus orígenes a una organización llamada Deutscher Rechts — Schutz Verein que, en 1876, ayudaba a los inmigrantes alemanes. A través de los años fue ampliando su campo de actuación y en 1896 cambió oficialmente de nombre. Hacia 1913 había cuarenta asociaciones como esta en activo en todo el país y seguían aumentando[44]. Pero si bien estas entidades hacían una buena labor, sólo rozaban la superficie del problema. Los tribunales civiles estaban prácticamente cerrados a los pobres. Ni siquiera el movimiento en pro de una justicia popular sirvió de gran ayuda.

Un cambio importante se produjo en la década de 1960, bajo la presidencia de Lyndon Johnson, con la «guerra a la pobreza». La Oficina de Oportunidades Económicas creó una serie de bufetes de barrio para atender a los clientes pobres. Estos bufetes estaban dirigidos por abogados jóvenes y brillantes. En 1974 este servicio fue transferido a otra institución, la Corporación de Servicios Jurídicos, fundada y financiada por el Congreso. Por lo que respecta al año 1981, esta corporación llevó a cabo 320 programas de asistencia jurídica y creó 1.200 bufetes de barrio en todo el país. Pagó los honorarios de 5.000 abogados y de 2.500 colaboradores. En conjunto costó 300 millones de dólares.

El sistema fue conflictivo desde el principio. Molestaba a los propietarios el hecho de que los abogados de oficio asistieran a los inquilinos en los asuntos por desahucio. Los conservadores decían que era absurdo pagar a un Organismo de la Administración con el fin de que presentara demandas contra los restantes organismos de la misma Administración. Acusaban de radicales a los abogados de oficio, cuya finalidad primordial, decían, era la de alardear de demandas políticamente «sonadas», pero no la de ayudar a los pobres en sus problemas más usuales. Muchos líderes políticos compartían esta opinión. Los abogados de esta oficina tenían la mala costumbre de pleitear contra los Ayuntamientos. Algunos gobernadores también trataron de librarse del programa de asistencia jurídica en sus estados. Uno de ellos fue el gobernador de California, Ronald Reagan. Después accedió a la Presidencia y, como Presidente, propuso suprimir toda ayuda económica federal y dejar a los estados la carga de la asistencia jurídica en el caso de que decidieran apoyar este tipo de programa. Hasta el momento, el Congreso se ha opuesto a ello con éxito. Pero las subvenciones han sido recortadas drásticamente.

Otra de las nuevas modalidades de la profesión es la de los llamados «abogados en defensa del interés público». No defienden a clientes particulares, sino más bien a «los ciudadanos» en general (según ellos dicen); a la gente que desea conservar las tierras vírgenes de Alaska o que se opone a las centrales nucleares. Hablan en defensa del caracol de lanza y del hurón de pies negros; dirigen sus diatribas a la Administración por el interminable papeleo que precisan las cuestiones de urbanismo y bienestar social. Luchan en favor de los condenados por asesinato y de las víctimas de la discriminación. ¿Quién paga a estos abogados? La Administración contribuye en parte. También las fundaciones y los miembros de algunas organizaciones (como Sierra Club, por ej.) contribuyen en parte. Pero sólo hay un puñado de empresas así. Cierta encuesta reveló que en 1973 había «40 bufetes en defensa del interés público», filantrópicamente subvencionados. Tenían una media de diez abogados cada uno[45]. Su número ha aumentado un poco desde entonces, si bien estos «abogados en defensa del interés público» aún no llegan al uno por mil del total de abogados. Son ciertamente, un pequeño David frente al gigantesco Goliat de la Administración y las grandes empresas. Sus adversarios disponen de miles de abogados y de enormes recursos. También desde el punto de vista económico, los «abogados en defensa del interés público» tienen una existencia precaria.

Y, sin embargo, esos bufetes han conseguido milagros, han hecho una labor heroica (algunos piensan que demasiado heroica). Han puesto un freno a las empresas gigantes. Han retrasado la construcción del Oleoducto de Alaska y han contribuido a acabar con los proyectos de nuevas centrales nucleares y de urbanización de zonas vírgenes. Han obligado al Gobierno a cambiar de rumbo o a variar sus planes en muchos aspectos. Han impulsado la revolución de los derechos de los propietarios y los inquilinos. Han controlado la actividad de docenas de órganos de la Administración.

Prueba del éxito que han conseguido es la dureza de los ataques de la oposición, y la adopción de réplicas conservadoras. En los últimos años han surgido de las derechas, «en defensa del interés público», bufetes para hacer contrapeso con los bufetes liberales. Uno de los contrapesos es la llamada «The Mountain States Legal Foundation» de Denver, Colorado. James G. Watt, primer secretario del Interior del Presidente Reagan, fue presidente de esa fundación hasta que entró a formar parte del Gobierno. La fundación cree en la libre empresa. Defiende la privatización del dominio público, el aumento de la afectación de tierras de dominio público al desarrollo de los productos minerales y el dejar las tierras en manos de los rancheros[46]. En otras palabras, al igual que un espejo, refleja la imagen del «Ennvironemental Defense Fund» o del «Natural Resources Defense Council». La imitación es el más sincero de los halagos.

14

El Derecho y el cambio social

SALTA A LA vista que vivimos en un período de cambios sociales muy rápidos. Hay cambios en todos los aspectos de la vida; en la vida social, la familia, el sexo, la tecnología, la política, la economía. Es difícil saber porque el mundo cambia tan deprisa comparado con épocas anteriores. Pero sean cuales fueren las razones, lo cierto es que, hombres y mujeres, viajamos a gran velocidad en un rapidísimo tren y que no hay señales de que el tren disminuya la marcha. Tampoco hay forma de pararlo o de apearse. Las relaciones entre el Derecho y los cambios sociales precisan de mucha reflexión y de un cuidadoso análisis.

Hay que plantearse, desde el punto de vista teórico, una primera cuestión: ¿Es el Derecho el que conduce el proceso del cambio social o, simplemente, se limita a seguirlo? En otros términos, ¿les debemos agradecer o reprochar al Derecho y al sistema jurídico lo que está sucediendo en el mundo? ¿Es el Derecho el motor o uno de los motores que generan los cambios sociales? o ¿se originan esos cambios en un marco más amplio, invadiendo luego el sistema jurídico que se limita a ajustarse o a acomodarse a las grandes mutaciones que se van produciendo en el exterior?

Nadie puede dar respuesta plena y definitiva a esas preguntas. Una de las premisas de la teoría general, que este libro comparte, es la de que los principales cambios sociales empiezan fuera del sistema jurídico; es decir, en la sociedad. El sistema jurídico no es completamente autónomo. No constituye un mundo aparte. No está aislado de la influencia exterior.

Muchos aducen, ciertamente, que el Derecho es rígido, conservador y resistente al cambio. Intuyen un alto grado de autonomía en el sistema. Pero la experiencia nos muestra una imagen más bien distinta, por lo menos a largo plazo. Los sistemas jurídicos de los países occidentales se han transformado completamente desde la Edad Media, especialmente desde que empezó la Revolución Industrial. Cuando contemplamos los cambios vemos claramente que el sistema jurídico ha sido arrastrado, a través de los siglos, por las grandes olas de las fuerzas sociales. Los movimientos sociales lo han barrido con la fuerza de un poderoso océano. Para los que estamos en el puente, el sistema jurídico parece más bien un gran buque de guerra, pero su fuerza se queda en nada comparada con la del océano por donde navega y con la del viento y los temporales con que se encuentra. Tampoco debemos exagerar este punto de vista. No hay que infravalorar la fuerza y la importancia del Derecho, por lo menos en nuestra cultura. No debemos olvidar el gran número de abogados, el volumen impresionante de normas de Derecho sustantivo y la curiosa forma como las cuestiones políticas, sociales y económicas terminan, de alguna manera, en litigios. No hay que olvidar la enorme actividad de los organismos de la Administración y la interminable producción legislativa del Congreso, los estados y las ciudades. Preciso es que todo ello tenga cierto impacto independiente —cierto impacto propio— en la sociedad.

¿Qué lugar ocupa el Derecho en la sociedad? Una teoría del Derecho meramente social compararía al sistema jurídico con una especie de títere bailando al son de su amo. Las fuerzas sociales serían las que moverían al títere. Un cuadro así pecaría de exagerado. Puede que una metáfora nos ayude a obtener una imagen más real. Imaginemos una ciudad construida a ambos márgenes de un ancho y caudaloso río. Las personas que viven en la ciudad desean disponer de algún medio para cruzar el río. Quieren ir a ver a la gente de la otra orilla, comprar y vender mercancías, viajar a otros lugares, etc. El único medio de cruzar el río es un «ferry», que es lento y poco eficaz. Los ciudadanos se ponen de acuerdo y piden que se construya un puente. Se crean nuevos impuestos; se firman los contratos necesarios y se construye el puente. Ya tenemos unidas a las dos partes de la ciudad. Es obvio que la idea del puente no surgió de la nada. Su existencia se debe a un proceso político y a una demanda social en pro de la construcción del puente. Pero una vez construido el puente y unidas ambas orillas, el puente empieza a producir, forzosamente, sus propios efectos independientes en la vida de la comunidad. La

gente organiza sus vidas en torno al puente. Cruza de un lado a otro del río y vuelve a cruzar. Hay personas que viven en una orilla y hacen sus compras en la otra. Otros se van a trabajar al lado opuesto. Cada parte de la ciudad crece más y se vuelve más dependiente de la otra.

El puente termina por ser algo familiar; forma parte de la conciencia íntima y de la tradición. Los poetas le dedican versos. Los jóvenes no recuerdan la ciudad sin el puente. Su presencia en aquel lugar es *esperada;* se encuentra natural. Los ciudadanos están ya hechos a la multitud de gente, bienes y vehículos que pasan de un lado a otro; a la libertad de cruzar el río a voluntad. El puente fija, una vez por todas, por donde y como puede cruzar la gente. Excluye cualquier otro lugar de paso. Hace ya tiempo que desapareció el «ferry». El puente ha penetrado en la conciencia de la gente y ha echado raíces en ella. Dicho de otra manera; afecta a algo más que a su forma de vivir; afecta a su forma de ver el mundo; a lo que esperan de él; a como viven y a su forma de pensar.

El puente es una metáfora del Derecho y del sistema jurídico. Las fuerzas sociales de toda la comunidad lo crean y modulan; le dan forma y movimiento; lo empujan y lo arrastran. Pero esas fuerzas crean un sistema que se convierte, él mismo, en parte de la vida social; una vez construido, el sistema incide directamente en la sociedad; influye en la forma de vivir, de pensar y de sentir. Este efecto independiente del sistema jurídico no significa que la teoría social sea errónea. El sistema jurídico no es autónomo, no es independiente de la sociedad. No es por sí mismo un sistema completo, aislado de la vida de la sociedad. El sistema jurídico no baila a un son distinto. Es parte del orden social; es un soldado del ejército social. Pero su mero volumen y presencia, su importancia, su envergadura y sus interacciones con el resto del organismo social le dan un significado mucho mayor que el de un simple títere fofo. El Derecho es, desde luego, el servidor de la sociedad. Pero no es el sirviente silencioso e invisible de una antigua mansión; es la fuerza del trabajo ensordecedor y potente de una fábrica.

El sistema jurídico ha jugado un importante papel en la sociedad y la economía americanas.

El valioso trabajo de J. Willard Hurst sobre la industria forestal de Wisconsin está lleno de enseñanzas al respecto[1]. No fueron las leyes las que crearon la industria forestal; fue al revés, es decir, el Derecho se adaptó a las necesidades de esa industria, porque eso era lo que quería la mayoría. Pero como el puente de nuestro cuento, una vez establecido, el sistema jurídico canaliza el desarrollo por los caminos ya trazados. Existían las antiguas y conocidas nociones de contrato y de propiedad; y aunque a veces se modificaba y reestructuraba el Derecho para satisfacer las necesidades de aquella industria, eran cambios que, no obstante, tenían lugar en el seno de la tradición y actuación jurídicas.

Así pues el Parlamento hizo uso de su antiguo poder de otorgar privilegios y concedió a los madereros el derecho exclusivo al aprovechamiento de las corrientes fluviales para el transporte de los troncos[2].

La ley «también establecía el procedimiento adecuado para investigar hechos, recoger pruebas, fijar los precios y las listas de precios de los productos y determinar los límites y condiciones de las controversias»[3]. En otras palabras, el Derecho establecía las reglas de juego y todos los jugadores las aceptaban, por lo menos a corto plazo, como aceptamos —y debemos aceptar— el puente y su emplazamiento cuando queremos cruzar el río.

Sin embargo, en algún aspecto, la metáfora del puente puede conducir a error. Por lo común, el Derecho es mucho más flexible que un puente ordinario. Sería quizás más bien como un pontón, que podemos, de alguna manera, trasladar río arriba o río abajo cuando es absolutamente necesario.

Así pues, la teoría general de este libro es la de que el Derecho sigue a los cambios sociales y se adapta a ellos. Sin embargo, también los cristaliza y canaliza y juega un papel importante en la vida de la sociedad. Es, en definitivas cuentas, gracias al Derecho, a las instituciones y al proceso jurídico que las costumbres y las ideas revisten una forma más duradera y más rígida, como el punete —o los pontones— de nuestro cuento. El sistema jurídico es una estructura. Tiene forma y perfil. Es duradero. Es visible. Crea relaciones de fuerzas. Influye en las formas de pensar. Cuando las prácticas, hábitos y costumbres se convierten en Derecho, se vuelven más fuertes, más permanentes y explícitas. Pueden ser impuestas a personas que no participen de tales costumbres y hábitos o que son claramente hostiles a ellas. El Derecho tiene sus encantos ocultos —su base moral, su legitimidad— pero en nuestro último análisis también vimos que tiene a la fuerza que le apoya. La costumbre también puede ser fuerte, pero en las sociedades complejas la costumbre es demasiado débil para hacer todo el trabajo; para dirigir la maquinaria del orden. El Derecho lleva consigo una gran baza: la amenaza de la fuerza. Es un puño con guante de terciopelo.

Revolución y evolución de los cambios sociales

Hasta ahora hemos venido utilizando el término *cambio social* sin dar explicación alguna. No hay, ciertamente, un único proceso de cambio social. Hay muchas especies de cambio. Hay cambios sociales que son totales, en forma de cataclismo —revolucionarios, en una palabra— que rompen totalmente con el pasado. Otros tipos de cambio social son graduales, siguen una evolución, van paso a paso. Y luego hay también todas las gamas intermedias. Aparentemente, los cambios sociales en el mundo moderno, se producen con mayor rápidez que en las sociedades más antiguas y tradicionales. Vivimos en una época de revolución constante.

Al igual que hay revoluciones sociales, hay también revoluciones jurídicas. La Revolución Rusa (1918) destruyó la sociedad zarista y, paralelamente, las leyes zaristas se derrumbaron. Los soviets eliminaron todos los viejos códigos y establecieron, por lo menos temporalmente, una nueva forma de justicia radical. Nunca en nuestro país ha tenido lugar un cambio brusco de esa magnitud. Nuestra propia revolución no significó, en términos jurídicos, un cambio con el pasado. La independencia trajo, desde luego, un cambio de gobierno y algunas innovaciones radicales (la Constitución, por ej.) pero el normal sistema jurídico permaneció igual. Las leyes, los procesos judiciales, la rutina de cada día poco cambiaron, excepto en los sitios donde, de hecho, se estaba luchando. El «common law» era como un reloj que seguía con su tic-tac en medio de una tremenda tempestad.

La verdadera revolución comporta esa especie de cambio brusco y radical que produce la guerra. Por el gusto de dramatizar, hablamos a menudo en términos de «revolución no sangrienta» jurídica y social; la revolución de los derechos y libertades cívicas, la revolución industrial e incluso la llamada revolución sexual. Estas expresiones son obviamente, algo exageradas, pero reflejan una cuestión latente. El cambio social no avanza a paso uniforme. Acelera y desacelera. Hay períodos muy estáticos y períodos de cambios rápidos, como el de la Guerra Civil, los de las dos guerras mundiales, el de la gran depresión y el del «New Deal» de los años treinta. Los grandes cambios en las relaciones humanas y en la economía producen, casi inevitablemente, un gran cambio social. Entre 1954 y 1970, el Derecho que regula las relaciones sociales cambió completamente. Por esos mismos años se produjo la llamada revolución sexual; también ello representó dar un gran vuelco.

Parece que hoy vivimos un período de constante aceleración. También con el tiempo las pequeñas diferencias se suman a las grandes. Si comparamos el Derecho norteamericano actual con el Derecho del año 1800, nos quedamos pasmados del cambio tremendo, fundamental, revolucionario. Pero ninguno de los pasos dados ha tenido talla revolucionaria; nada comparable a lo que sucedió en la Rusia de 1918 o en la China de finales de los años cuarenta, cuando, de un solo golpe, se derrumbó todo el antiguo régimen.

Las relaciones raciales

¿Cómo responde, exactamente, el Derecho a los cambios sociales? ¿cuál es el mecanismo de interacción? No tenemos una respuesta general. Podemos trazar algunos de los rasgos de esta mutua influencia analizando el curso que han seguido en los Estados Unidos y para ello nos centraremos en las relaciones entre blancos y negros. Es una historia larga y compleja, y en muchos aspectos, bastante fea. La mayoría de los norteamericanos negros son descendientes de esclavos. Fueron traidos a este país a partir del siglo XVII. Eran africanos capturados y entregados a los traficantes de esclavos y enviados aquí o a las Indias Occidentales en las bodegas sucias y atestadas de los barcos de esclavos.

Ya en el cap. 3 comentamos algo de las leyes sobre la esclavitud. Como señalábamos allí, la esclavitud era desconocida en Inglaterra y en el «common law». Ello no obstante, muchos blancos iban a las colonias en calidad de sirvientes contratados. La servidumbre era una especie de esclavitud temporal: el sirviente estaba atado a su dueño o amo por un período determinado, normalmente por siete años. Al final de este período el sirviente quedaba libre. Probablemente, al principio, este fue el «status» de algunos negros.

Pero también desde el principio hubo características distintas en el «status» de los negros, y desde el mismo comienzo la línea diferenciadora entre el sirviente y el esclavo fue una línea de color negro. Hacia mediados del siglo XVII era ya evidente que algunos negros no eran sirvientes sino esclavos. Un esclavo es un sirviente de por vida, un sirviente que no puede librarse de su condición. En Virginia, por lo menos, algunos negros africanos fueron tratados como esclavos antes de que hubiera prueba alguna de que el Ordenamiento jurídico reconociera la condición de esclavo.

A partir del año 1640, aproximadamente, los registros judiciales reflejan claramente esa práctica. En 1644 se menciona a un mucha-

cho mulato llamado Manuel, vendido «como esclavo, para siempre»[4]. Una ley de Virginia de 1662 dio rango oficial a un aspecto de ese «status»; la esclavitud se heredaba; los hijos de una esclava negra serían esclavos desde el nacimiento. Esa misma ley evidenciaba la línea diferenciadora de la negritud en otro aspecto: toda persona que «fornicara con otra de raza negra» sería castigada con una multa del doble del importe de la multa habitual[5].

Otra ley —de 1667— se refería a los esclavos cristianos. Supongamos que un esclavo negro se convirtiera al cristianismo. ¿Quedaba libre «por el bautismo»? La respuesta es no; el bautismo «no alteraba la condición de las personas en lo referente a la esclavitud»[6]. El esclavo quedaba libre en el cielo, pero no aquí, en la tierra. Las leyes posteriores de este país perfilaron los detalles de la realidad jurídica de la esclavitud. Los esclavos no podían votar, no podían detentar empleos públicos, ni tener bienes en propiedad. Eran cosas, bienes de propiedad, podían ser comprados, vendidos, donados, pignorados o arrendados. Podían ser dejados en testamento al heredero o ser transferidos mediante escritura. Las colonias compilaban esas leyes en Códigos.

En el entretanto, los cargamentos marítimos de esclavos iban llegando y la población se multiplicaba. En las plantaciones sureñas los esclavos constituían la mano de obra básica. Proporcionaban los músculos necesarios para la siembra y la cosecha; eran los sirvientes de la gran mansión del amo o servían en la ciudad. De hecho, hubo esclavos en todas las colonias: en Nueva York, Massachussets y Rhode Island al igual que en el Sur. Pero sólo en el Sur —Maryland, Virginia, las Carolinas, Georgia— los esclavos constituían la gran masa de la fuerza laboral. A mediados del siglo XVIII, el 40% de la población de Virginia era de raza negra; de ellos, el 96% aproximadamente eran esclavos.

Después de la Revolución, las diferencias entre el Norte y el Sur se hicieron más patentes. Todos los estados del Norte abolieron la esclavitud. También en el Sur hubo cierta reacción en contra de la esclavitud. Algunos de las personas que tenían esclavos se tomaron en serio la filosofía de la Revolución y sus doctrinas sobre los derechos innatos e inalienables. Algunos sureños, dueños de esclavos, les dieron inmediatamente la libertad; otros la dispusieron en sus testamentos. George Washington fue uno de éstos; en su testamento dejó ordenado que, al fallecer su mujer, todos los esclavos que tenían «habrían de obtener la libertad».

Estos eran, empero, casos excepcionales. La esclavitud había dejado una fuerte huella en la mentalidad de la gente del Sur y la economía precisaba de cuerpos negros. El rey algodón pedía esclavos. En el siglo XIX las leyes de la esclavitud se endurecieron cada vez más. En los años anteriores a la guerra civil, el temor a una rebelión de esclavos y al abolicionismo norteño hizo que el Sur se volviera cada vez más obstinado y desconfiado. Los estados esclavistas dictaron leyes que ponían impedimentos a la manumisión de los esclavos (a darles la libertad) e incluso se proponían abolirla. El Sur toleraba con dificultad una población de negros libres. Estos, igual que los esclavos, no podían votar ni detentar empleos públicos. Tampoco podían declarar como testigos en un juicio contra un blanco. En muchos estados del Sur, si un esclavo obtenía la libertad, la ley le obligaba a abandonar el estado y a no volver más. La costumbre, de hecho, era más indulgente, pero el mensaje era muy claro: la esclavitud era la condición natural del negro. En fin, poco antes de la Guerra Civil, Arkansas promulgó una ley para expulsar del estado a los pocos negros libres[7] que había.

El Sur ponía muchos impedimentos a la actividad antiesclavista. Se resistía a los intentos de modificar o limitar la esclavitud. En general, la cuestión de la esclavitud envenenaba sus relaciones con el Norte. Destacaban, quizás, dos cuestiones principales: el problema de los esclavos huidos y la extensión de la esclavitud a los territorios. Los abolicionistas del Norte estaban absolutamente en contra de la devolución de los esclavos fugados; los propietarios insistían en su derecho; los tribunales del Norte se encontraron entre dos fuegos. La cuestión de los territorios hizo estragos, al menos durante cuarenta años, desde el Compromiso de Missouri (1820) hasta la Guerra Civil, en 1860. Lo cierto es que el Sur, perdió esta guerra larga y sangrienta. Al fin, la esclavitud fue abolida y el Sur tuvo que encajar la liberación de los esclavos.

Pero el blanco Sur no abandonó tan fácilmente sus privilegios. Al finalizar la guerra, la oligarquía blanca tomó rápidamente el poder, al menos por el momento. En 1865 y 1866, los estados derrotados (empezando por Mississippi) dictaron nuevas leyes raciales; fueron los llamados Códigos negros. En estas leyes, los parlamentos blancos concedían, a regañadientes, que la esclavitud se había terminado y que los negros podían contraer matrimonio y adquirir bienes en propiedad. Pero intentaron conservar vivo, hasta donde pudieron, el antiguo sistema. Los negros serían esclavos sin que existiera la esclavitud; campesinos sin tierra, obligados a trabajar para los amos blancos. En Mississippi, cualquier «negro o mulato libre» mayor de

dieciocho años y sin «ocupación o trabajo legal» era declarado «vagabundo». Los vagabundos eran castigados con fuertes multas, de hasta cincuenta dólares. Si no podían pagar —y pocos eran los negros que tuviesen dinero— eran arrendados a cualquier persona que pagase la multa. El patrono —a menudo su antiguo amo— podía recuperar lo pagado por la multa detrayéndolo del salario del negro. Con éste y otros preceptos legales, el Sur intentó obligar a los negros a volver a su condición anterior.

Pero el recuerdo de la guerra era demasiado fresco para que el Norte dejara prosperar estas leyes. El Norte se propuso revocar los Códigos Negros. El Sur tuvo que aceptar tres nuevas enmiendas a la Constitución Federal que ponían fin a la esclavitud y garantizaban las libertades cívicas de los negros (la decimotercera, la decimocuarta y la decimoquinta). Los negros pasaban a ser ciudadanos de pleno derecho, tenían que participar en la vida política. Las tropas federales patrullaban por el Sur.

Los negros eran, en verdad, legalmente libres, como nunca lo habían sido antes. Podían ir a la escuela, dedicarse a los negocios, ir y venir por donde gustasen. Todo esto es cierto, al menos, sobre el papel. Pero los negros del Sur estaban todavía en el último peldaño de la sociedad; todavía eran pobres y analfabetos; los blancos les trataban aún como a inferiores. Durante la Reconstrucción cierto número de negros pudieron votar. Hubo algunos negros en los legislativos sureños e incluso en los tribunales: un hombre de raza negra, J. J. Wright fue magistrado del Tribunal Supremo de Carolina del Sur. Fueron avances considerables. A la larga, el poder político de los negros hubiese podido traer unas relaciones con los blancos mejores y más justas. Pero estaba decidido que no había de ser así.

La igualdad racial, en el Norte o en el Sur, era de hecho un castillo de naipes; se derrumbaba con sólo tocarlo. Los blancos, tanto los de clase alta como baja y con independencia de la parte del país en donde vivieran, eran absolutamente contrarios a la plena igualdad de razas. En el Norte, los negros no habían sido nunca realmente bienvenidos, y los negros del Norte tampoco eran tratados como iguales. La segregación escolar, por ej., fue un invento del Norte, no del Sur; aunque, a decir verdad, también el Norte fue el primero en abolirla. En el Sur no se hicieron grandes esfuerzos para escolarizar a los niños negros, ni aún en régimen de segregación.

El armazón jurídico de esa igualdad era también un castillo de naipes. Cuando las tropas federales regresaron a sus casas, al final de la década de los setenta, la supremacía blanca volvió al Sur de forma avasalladora. Se ató a los negros a la tierra, como antes. Eran arrendatarios o aparceros; vivían al día, desesperadamente pobres, dependiendo completamente de los propietarios blancos. Toda una red de leyes y tecnicismos legales ayudaron a mantener a los negros en su sitio; la forma contundente de aplicar las leyes, junto a la pobreza, el analfabetismo y los perjuicios sociales, reforzaban la estructura de la discriminación.

Los preceptos contra el «vagabundeo», por ej., estaban todavía en los códigos. En otras disposiciones legales se consideraba delito el que un trabajador negro «defraudara» a un patrono blanco abandonando el trabajo en las granjas. También era ilegal que un forastero «sedujera» a los trabajadores para que dejasen sus empleos, ofreciéndoles, por ejemplo, mejores trabajos. Así pues, en la práctica, la mano de obra negra estaba encadenada a los amos blancos[8].

El sistema jurídico formal no era de gran ayuda. En la época de la Reconstrucción el Congreso aprobó cierto número de leyes sobre Derechos Cívicos. La Ley de Derechos Cívicos de 1875 fue una ley de gran alcance que prohibía la discriminación en «posadas, transportes públicos terrestres, fluviales o marítimos, teatros y otros lugares de público esparcimiento». Pero en los *Casos sobre Derechos Cívicos*[9], el Tribunal Supremo declaró la inconstitucionalidad de aquélla Ley. Según el Tribunal, el Congreso había traspasado los límites de la Enmienda Decimocuarta. La Enmienda se refería únicamente a la «acción del estado», esto es, a los actos de las autoridades públicas; prohibía las «leyes discriminatorias en injustas», pero no las «ofensas individuales». Las personas eran libres todavía para practicar, si lo deseaban, la «discriminación» en sus casas, en su vida social, en su trabajo; la Enmienda Decimocuarta no tenía fuerza alguna en esas esferas.

En esos días, la Reconstrucción estaba en franca retirada. El resurgente Sur barrió de la mesa cualquier migaja de influencia política que los negros hubiesen podido recoger. Ya no había más caras negras en los Parlamentos del Sur ni más Jueces negros en los Tribunales. Algunos funcionarios negros fueron expulsados; otros pocos, expedientados. Hacia finales del s. XIX el Sur empezó a tejer un nuevo y fuerte entramado de discriminación racial; las leyes Jim Crow. Estas leyes cristalizaban y daban forma a la actitud y costumbres de los blancos dominantes. Crearon un rígido sistema de normas extraidas de las prácticas sociales corrientes[10]. Los disidentes, blancos o negros, tenían que afrontar el hecho de que tanto las leyes como

las costumbres estaban en su contra; los negros se iban hundiendo cada vez más en el barrizal de la opresión y la injusticia.

Las voces de unos pocos negros hicieron oir sus protestas ante los Tribunales; pero los Tribunales no quisieron oirlas. En 1890, Lousiana dictó una ley Jim Crow sobre ferrocarriles. Su título era «Ley para procurar la comodidad de los viajeros». Su mensaje, sin embargo, no tenía nada que ver con la comodidad. Los negros en lo sucesivo, ya no eran libres de sentarse en el mismo vagón de ferrocarril que los blancos; la única excepción era para las «nodrizas que estuviesen cuidando bebes». En los demás casos, blancos y negros tenían que estar separados. Un negro de piel clara llamado Plessy tuvo ciertos problemas a causa de esta ley. Trató de sentarse en la sección blanca del tren, pero fue expulsado y, por su audacia, encerrado en la prisión municipal de Nueva Orleans. Al fin, sus protestas llegaron al Tribunal Supremo de los Estados Unidos que, en 1896, dictó la famosa (o infamante) sentencia del caso *Plessy C/ Ferguson*[11].

En una votación de ocho contra uno, el Tribunal Supremo dio luz verde a la discriminación. No había nada en la Constitución, decía, que permitiese declarar la anticonstitucionalidad de las leyes Jim Crow. Mientras las posibilidades fuesen «iguales», era indiferente que se otorgasen «separadamente». El Derecho podía tomar en consideración «las costumbres establecidas, los usos y tradiciones del pueblo», sobre todo «para mantener la paz y el orden públicos». El significado de estas palabras era muy claro: el estilo de vida del Sur (el de los blancos) iba a prevalecer. La lucha por la igualdad social sufría un golpe mortal; el más alto Tribunal del país aceptaba, incluso loaba, la versión americana del «apartheid».

John Marshall Harlan disintió en forma vigorosa y apasionada. Declaró que la Constitución no hacía diferencias de color. Que «ni reconocía ni autorizaba clases distintas de ciudadanos. En materia de derechos cívicos, todos los ciudadanos eran iguales ante la Ley». La Ley de Louisiana, «bajo la apariencia de una igualdad de trato» representaba un acto de opresión; un medio para obligar a los negros «a quedarse entre los suyos mientras viajaban». Esto, según Harlan, violaba el espíritu y la letra de la Enmienda de la Guerra Civil. Era un acto malvado que propiciaría el odio racial y la violencia en los años a venir.

La predicción de Harlan resultó exacta, pero nadaba contra corriente. El caso *Plessy C/ Ferguson* dio nuevas fuerzas al Sur para proseguir con su programa de discriminación. Muy pronto cada uno

de los estados del Sur tuvo su propio arsenal legislativo Jim Crow. Hasta en las cárceles había segregación: las leyes de Arkansas exigían «celdas separadas» para penados blancos y negros, «literas, camas y ropa de cama distintas; mesas para comer separadas, así como el resto del mobiliario»[12].

Al propio tiempo, los estados del Sur se movían para privar a los negros de toda influencia política. Suprimieron el derecho al voto de los negros. En teoría era ilegal, pero el Sur encontró la forma de hacerlo: impuestos electorales, pruebas para comprobar la alfabetización, etc., a veces basadas en la llamada «cláusula de los antepasados». La versión de Oklahoma, anulada más tarde por el Tribunal Supremo, exigía que los teóricos votantes fueran capaces de leer y escribir cualquier párrafo de la Constitución de Oklahoma. Pero estaban exentos de la prueba los que hubiesen gozado ya del derecho al voto en cualquier condado el 1 de enero de 1866 y sus descendientes. Obviamente los negros no reunían este requisito. El sistema funcionó. El número de votantes negros, en la mayor parte del Sur, quedó reducido casi a la nada. El resto del país guardó silencio.

Desprovistos de sus derechos políticos, los negros del Sur se hallaban en total indefensión. El negro que osaba traspasar la frontera de su color o ultrajaba a la opinión pública local corría el riesgo de una muerte súbita. La sanguinaria ley del linchamiento por el populacho y la horca se encargaban de hacer cumplir el siniestro código del Sur. En el cambio de siglo, los linchamientos estaban en su máximo apogeo. Centenares de presos, casi todos negros, eran muy a menudo arrastrados fuera de sus celdas y colgados o quemados; las autoridades locales hacían como que no veían. El Norte no estaba de acuerdo con los linchamientos; multitud de voces, de blancos y de negros, se levantaban en contra de esa práctica; pero el procedimiento sureño estaba firme y profundamente arraigado y la voluntad de la nación que quería oponérsele era débil y difusa.

La supremacía blanca era la piedra angular de la cultura sureña; y también de su economía. La discriminación racial sobrevivió en la esfera jurídica porque poderosas fuerzas sociales la mantenían en su sitio. A principios del s. XX empezó el contrataque. Primero se planteó por el flanco, pausadamente, pero con persistencia. Como la discriminación misma, tenía un aspecto jurídico importante y encarnaba una estrategia jurídica también importante. La lucha por la justicia racial era una lucha por el poder social, pero parte de su fuerza le venía de su invocación a la moral y de su firme compromiso con el Derecho. La Asociación Nacional para el Progreso de las Per-

sonas de Color (NAACP)* se fundó justo antes de la Primera Guerra Mundial. Desde el principio contó con una potente arma jurídica. La NAACP defendía los derechos de los negros ante los Tribunales y entablaba procesos para la expansión de esos derechos. No todos esos procesos tuvieron éxito, pero algunos lo tuvieron espectacular. En el caso *Guinn C/ los Estados Unidos* (1915)[13], la NAACP tomó partido en la lucha contra la «cláusula de los antepasados» de Oklahoma. Se ganó el caso. Pero ni siquiera las victorias producían un cambio real en las relaciones raciales. Por ejemplo, los estados del Sur —a pesar de los casos tipo *Guinn*— tenían muchas formas de mantener a los negros fuera de las urnas. En un informe publicado en 1961 la Comisión de los Estados Unidos para los Derechos Cívicos halló que en dieciséis condados del profundo Sur no había ni un solo negro inscrito en el censo electoral, ni siquiera en aquellos condados en los que los negros eran mayoría[14].

El tiempo, sin embargo, se puso al fin a favor de la NAACP y de la población de color. Fuera de las salas de audiencia, el mundo cambiaba con rapidez. hacia 1950 desaparecieron las plantaciones del Sur. En el siglo XX los negros emigraron en gran número hacia el Norte, en busca de trabajo. La Segunda Guerra Mundial llevó más negros al Norte con la promesa de encontrar trabajo en las fábricas. La comunidad negra iba desarrollando una conciencia de sí misma cada vez más profunda. Internacionalmente, el colonialismo estaba en declive. La Segunda Guerra Mundial fue, en parte, una guerra contra las teorías racistas. Quizá fuera incongruente y contradictorio ir a la guerra con discriminación en las tropas, pero el sistema se resistía a ceder. El Presidente Harry Truman ordenó el fin de la discriminación racial en el Ejército, la Marina y las Fuerzas Aéreas, aunque ya fue después de la guerra. Para entonces ya se olían en el aire grandes cambios.

El punto culminante se alcanzó en 1954, cuando el Tribunal Supremo, en uno de sus lunes más históricos, anunciaba la magnífica sentencia dictada por unanimidad en el caso *Brown C/ el Ministerio de Educación*[15]. Todos los votos fueron unánimes. Fue muy corta, teniendo en cuenta la costumbre del Tribunal Supremo. La firmaba el Presidente del Tribunal Earl Warren, nombrado hacía poco por el Presidente Eisenhower, y la redactó en nombre de todo el Tribunal. El caso *Brown* tenía por objeto la discriminación en las escuelas.

*The National Association for the Advancement of Colored People (en el original). (N. del T.).

El Tribunal declaró ilegal la discriminación racial en las escuelas. Fue terrible. En el Sur produjo un shock enorme. Pero el caso Brown fue sólo el comienzo. Una serie de sentencias fueron terminando con la discriminación y la segregación racial en todas y cada una de las facetas de la vida pública; en los parques, piscinas, playas, servicios municipales, etc. A pesar de las oleadas de protestas del Sur, el Tribunal nunca se echó atrás, nunca retrocedió. Estos casos llevaban un importante mensaje para la comunidad negra y sus aliados; los tribunales federales no vacilarían en defender los derechos de las minorías. Sus puertas estarían abiertas a los negros para hacer respetar la igualdad racial. La promesa de la Enmienda Decimocuarta sería, al fin, cumplida. Es más; los tribunales hacían una nueva lectura de los derechos tradicionales y les daban mayor extensión.

No fue fácil llevar a la práctica la doctrina del caso *Brown*. El Sur se resistió; arrastraba los pies, se clavaba en el suelo. «Resistencia total» había sido la consigna en la primera Confederación. En Mississippi, Alabama o Carolina del Sur, en 1962, ocho años después del caso *Brown*, no había un solo niño negro que fuese a la escuela de los blancos. En estos estados incluso los Institutos estaban totalmente segragados[16].

La cuestión de los derechos cívicos se había convertido, en términos literales, en una guerra. De vez en cuando había derramamientos de sangre. Los defensores de los derechos cívicos eran hostigados y apaleados y nadie les dirigía la palabra. Tuvieron sus mártires por la causa, la mayoría negros. Una iglesia fue bombardeada y murieron niños negros. Hubo sentadas, desfiles, peticiones, motines, protestas no violentas repartidas por todo el Sur. Entretanto, las batallas jurídicas continuaban en los Tribunales de Justicia. Ambas formas de lucha eran vitales. Ninguna de las dos era suficiente por sí sola. Manifestantes y luchadores necesitaban abogados; y el trabajo de los abogados se quedaría en nada sin la acción en las calles.

Ha pasado ya una generación desde el caso *Brown*. La integración escolar es todavía polémica; es todavía un problema nacional. Hay aún centenares de escuelas que son sólo para negros (y sólo para blancos). También ahora hay muchas en el Norte como consecuencia del sistema de escuelas de barrio; de la discriminación en los barrios residenciales y de la «fuga de los blancos»; es decir, la emigración de la clase media blanca al extrarradio. El autobús escolar es una posible manera de mezclar las razas, pero encuentra una fuerte resistencia; y no siempre por parte de los blancos. El Tribunal Supremo se pro-

nunció sobre el tema de los autobuses escolares en 1971[17], pero con ello no terminó el problema ni la serie constante de demandas judiciales. En los últimos años, el propio Tribunal vuelve a mostrarse algo indeciso sobre esa cuestión.

La gran mayoría de las escuelas públicas en las grandes ciudades son para negros. La integración tal como se entendía en el caso *Brown*, ya no es ni siquiera posible, al menos, dentro de la esfera ciudadana. Ello no significa, sin embargo, que el caso *Brown* haya fracasado. No todas las escuelas de negros son escuelas discriminadas, en el sentido antiguo. No hay discriminación racial en el personal docente y tales escuelas reciben un trato justo por parte del Departamento de Educación. Ciertamente, en algunas ciudades los negros controlan los Departamentos de Educación. Las escuelas negras tienen que hacer frente a muchos problemas; pero ya no son escuelas de segunda —escuelas Jim Crow— como eran en el Sur.

Las relaciones raciales se hallan en constante evolución. La Ley de Derechos Cívicos de 1964 representó un gran paso adelante. En el Título II se declaraba ilegal la discriminación racial «en cualquier lugar abierto al público». Ello incluye residencias, hoteles, moteles, restaurantes, cafeterías, bares, heladerías, «todos los cines, teatros, salas de concierto, campos de deporte, estadios o cualesquiera otros lugares de espectáculos o diversión» y también «las estaciones de servicio». Esta ley, claro está, fue pronto impugnada ante los Tribunales. Pero esta vez el Tribunal Supremo la defendió y la mantuvo con decisión y arrojo[18]. En el segundo proceso que hubo, la parte demandante era «una familia propietaria de un restaurante de Birmingham, Alabama», llamado «Ollie's Barbecue», especializado en «carnes a la barbacoa y tartas de estilo casero». Esta especie de pequeña fonda local rozaba los límites de la ley, pero el Tribunal Supremo estaba deseoso —y hasta entusiasmado— de confirmar esa ley en la mayor medida posible y aplastar para siempre la discriminación racial.

Esta vez se derrumbaron de verdad las barreras raciales en los lugares abiertos al público. La Ley de Derechos Cívicos se mantuvo firme. Por primera vez, un hombre negro podía conducir su coche por todo el país, comer en cualquier restaurante y quedarse en cualquier hotel. Una decidida Ley sobre el Derecho al voto (1965) vino a dar otro golpe mortal al antiguo sistema. Esta vez el gobierno federal garantizaba el mantenimiento del derecho al voto de los negros. El poder político de los negros se incrementó enormemente. Los negros

volvieron a formar parte de los Parlamentos y Consistorios de donde habían estado ausentes desde la Reconstrucción. También en el Norte ganaron poder político. Personas de raza negra resultaron elegidas para las alcaldías de Detroit, Atlanta, Los Angeles, Newark, Cleveland, Chicago y Philadelphia.

La cuestión racial es todavía un tema candente en la vida americana. Ha habido cambios sociales y jurídicos en el sentido de la igualdad de razas. Pero no han seguido un camino suave, ni siquiera en los últimos años. Ha habido muchos zig-zags. Oficialmente, la discriminación está muerta. No tiene posibilidad de resucitar. Pero todavía hay una enorme infraclase negra en todas las grandes ciudades y en el Sur rural; todavía hay una enorme diferencia entre los ingresos de los blancos y los de los negros. Todavía hay demasiado pocos médicos, abogados, ejecutivos, científicos y arquitectos de raza negra. Hay más mortalidad de niños negros que de niños blancos. El índice de desempleo de los negros es el doble del de los blancos.

¿Es necesario adoptar nuevas medidas? Muchos negros (y blancos liberales) creen que sí. Se necesita una ayuda extra; algo que vaya más allá de la simple integración. No basta con desmantelar las barreras jurídicas. Ahora se requiere dar pasos positivos; establecer programas concretos de ayuda. Pero ello es golpear en carne viva. Hay muchos blancos que temen y aborrecen este «trato favorable» para con los negros. Se sienten amenazados en su trabajo y en su hogar.

Esa cuestión culminó en el famoso caso *Bakke*[19]. Alan Bakke, que era blanco, solicitó ingresar en la Facultad de Medicina de la Universidad californiana de Davis. Davis contaba con un programa especial de admisiones para las minorías. De hecho, tenía una cuota para que cierto número de plazas de cada clase se reservaran a los negros y a las demás minorías. Davis rechazó la solicitud de ingreso de Alan Bakke al tiempo que, según él, admitió a negros con notas inferiores a las suyas. Ello, decía Bakke, violaba sus derechos constitucionales.

El Tribunal Supremo, obviamente, encontró el caso muy preocupante. Su sentencia fue confusa y deshilvanada. El Tribunal anuló el sistema de cuotas de Davis y (por escasa mayoría) ordenó a la Facultad que admitiera a Bakke. Pero los Magistrados redactaron varios votos particulares y no hubo verdadera mayoría en ninguna de las cuestiones principales. Una escasa mayoría de Magistrados pensaba que algunas formas de discriminación «benigna» eran lícitas; pero quedaba en una nebulosa cuáles eran estas fórmulas y hasta

dónde podía llegar exactamente la Facultad en sus programas integracionistas.

Así pues, en ese sentido, el caso Bakke no resolvió nada, excepto sobre el propio Alan Bakke, a quien se le abrieron las puertas de la carrera de Medicina. La acción coadyuvante y la discriminación benigna son cuestiones vivas, en gran parte sin resolver. También son temas candentes en la cuestión de la discriminación de sexos. La mayoría de los negros están plenamente convencidos de que tienen derecho a una acción de ayuda para deshacer tantos siglos de injusticias; algunos creen incluso que tienen derecho a una compensación. Creen que la igualdad económica y política es aún un objetivo a largo plazo. Temen que el país se esté cansando de esa cuestión, una vez más, y de que el progreso se detenga.

Una cosa está clara: los cambios en las relaciones raciales desde el caso *Brown* han sido, en conjunto, inmensos. Al revés de lo sucedido con muchas otras victorias jurídicas anteriores al caso *Brown*, ahora la tierra *se mueve;* el panorama ha cambiado definitivamente. ¿Hasta qué punto ello se debe al caso *Brown*? ¿Hasta qué punto, quizás, deba atribuirse al Derecho y al proceso jurídico?

Es, desde luego, imposible separar causas y efectos. El caso *Brown* no inició el movimiento en favor de los derechos cívicos; es obvio. El movimiento surgió antes y fue la «causa» del caso *Brown*, suponiendo que la palabra *causa* sea la adecuada. Pero una vez sentenciado, el caso *Brown* y los que le siguieron jugaron un rol principal en los acontecimientos posteriores. Tuvieron un papel parecido al del puente de nuestro cuento. El Congreso reforzó ese nuevo armazón estructural promulgando nuevas leyes relativas a los derechos cívicos. Esta fuerte estructura ósea del Derecho ayudó a canalizar y a concentrar poder e influencia en la sociedad. Cuantos más negros accedían al voto más difícil era para un candidato basar su campaña en cuestiones raciales. Los prejuicios raciales no desaparecieron; continuaron existiendo, pero en forma más velada.

Y esto también es importante. El Derecho no se traduce sólo en fuerza, sino también en ideales; y cuando la fuerza y los ideales van unidos, el racismo se convierte en una cuestión ilegal. Lo ilegal, a veces, utiliza sus propios medios de fuerza siniestra. Pero, en este caso, pierde su posible legitimidad y, a veces, esa pérdida puede ser crucial. La serie de acontecimientos que se produjeron después del caso *Brown* transformaron el pensamiento y la mentalidad de la gente; su idea de lo justo y de lo legal; modificaron su visión del Derecho y lo que de él podían esperar. Los procesos sociales subyacen debajo de esos cambios de cultura jurídica, pero la cultura jurídica, como el puente, refuerza esos procesos, y a la larga conduce, a su vez, a mayores cambios sociales.

El Derecho y la revolución social

En esos últimos años se han producido también cambios tremendos en la cultura, el estilo de vida y el comportamiento social. Esos cambios han ido mucho más allá de las relaciones raciales, si bien la revolución producida por los derechos cívicos puede haber sido la causa —o el efecto— de algunos de estos cambios. Se ha producido una revolución en las costumbres y en los hábitos de vida y, evidentemente, una llamada revolución sexual, objeto de tantas polémicas en estos últimos años. Esta revolución se ha manifestado de muchas maneras. Hay cada vez más jóvenes parejas —y no tan jóvenes— que viven juntos sin preocuparse de contraer matrimonio. Hay un movimiento a favor de los derechos «gays» que pide la legitimación de las «minorías sexuales». La pornografía se vende, más o menos, de forma pública y se halla, en gran medida, protegida por la ley. Existe una actitud permisiva con respecto al lenguaje «soez», tanto en público como en privado; un descenso en la exigencia de la moralidad sexual tradicional y así sucesivamente.

Lo que nos interesa, sin embargo, es el Derecho, o más concretamente, el papel que juegan las instituciones jurídicas propiciando o provocando esos cambios, oponiéndose a ellos, adaptándose o modificando sus formas. Sin embargo debemos ser más precisos en definir esa cuestión. ¿Cuál ha sido exactamente la revolución de las normas sociales y del comportamiento? Todos tenemos nuestra propia idea de ello. En el fondo la idea es que un cierto número de modelos de conducta que estaban ampliamente aceptados en los Estados Unidos, se han derrumbado. Concretamente, lo que ha cambiado es, primero, la creencia de que un único código de conducta personal pueda (o deba) regir para todo el país; en segundo lugar, haya de coincidir, que ese código, más o menos, con los clásicos mandamientos de la moral tradicional cristiana, recubiertos con cierta dosis de moral victoriana; tercero y más importante para nuestro estudio, que el Gobierno tenga el derecho —y también el deber— de convertir a estos preceptos en normas jurídicas y hacerlas cumplir lo mejor que pueda.

Todas esas creencias son fuertemente discutidas y su influencia jurídica se ha visto notablemente debilitada. Muchas de sus conse-

cuencias afectan a la moral sexual pero, ciertamente, hay otras. Pensemos, por ejemplo, en la posición social y jurídica de las religiones minoritarias. Desde luego, nunca ha habido, una religión oficial en los Estados Unidos y, en teoría, todo el mundo es libre de profesar la religión que desee. La Enmienda Primera hace una declaración clara y contundente: «El Congreso no podrá dictar ley alguna relativa al establecimiento de una religión determinada o a la prohibición del libre ejercicio de alguna de ellas». Algunas de las constituciones de los estados son aún más drásticas. La Constitución de Wisconsin declara que «el derecho de todos y cada uno a adorar de Dios Todopoderoso, según los dictados de la conciencia, no podrá ser nunca conculcado»; el estado no puede dar «preferencia» a ninguna religión ni gastar fondos públicos en ninguna «comunidad religiosa»[20]. Sin embargo, de hecho, siempre ha habido en el país algunas religiones consideradas como semioficiales; y a los estadounidenses les ha costado mucho tolerar el «libre ejercicio» de ciertas religiones extrañas y demasiado alejadas de la vida cotidiana.

Un caso extremo es el de la azarosa historia de «La Iglesia de Jesucristo de los Santos del Ultimo Día» o de los Mormones. Religión fundada por Joseph Smith allá por el año 1830. Sus seguidores fueron perseguidos desde el primer día. El propio Smith fue asesinado en una revuelta callejera. Los Mormones se fueron al Oeste, esperando encontrar refugio para su religión. Fundaron una comunidad en la depresión del Great Salt Lake, en lo que ahora es Utah. Pero su destino no era el de vivir en paz. Los Mormones practicaban la poligamia, porque, según creían, era la voluntad de Dios. Esta práctica era demasiado difícil de digerir para el resto del país. «La religión de los Mormones —clamaba un ministro del culto protestante— es un gran cúmulo de inmoralidades... es, para esta tierra, una concentración de corrupciones; es el burdel de la Nación; es el infierno entronizado»[21]. El «libre ejercicio» de la poligamia era demasiado para la opinión pública americana. No había manera de que la mayoría de la población pudiese tolerar la poligamia y, por lo tanto, no podía tolerar a los propios Mormones.

Los Mormones sólo querían practicar su religión en paz. El Congreso pensaba de otro modo. En 1862, el Congreso aprobó la Ley Morrill, pensada explícitamente para los Mormones, y que declaraba a la poligamia delito federal en todos los territorios, incluyendo a Utah[22]. Un hombre llamado George Reynolds fue procesado, condenado y sentenciado a prisión. Recurrió al Tribunal Supremo de los Estados Unidos. La defensa se basó en la libertad de cultos; derecho que otorgaba la Enmienda Primera.

En el caso *Reynolds C/ los Estados Unidos*[23] el Tribunal Supremo confirmó la condena de Reynolds. La poligamia era «odiosa»; el Congreso obró rectamente al declararla delito. «El mero hecho de que la poligamia fuese un dogma de la religión de unos cuantos no justificaba su práctica; aunque alguien creyese que los sacrificios humanos son parte necesaria de un determinado culto religioso, ¿sería ello una justificación suficiente? O si una mujer creyera que es su deber religioso quemarse viva sobre la tumba de su difunto esposo, ¿debería permitirlo el Estado?».

Los Mormones replicaron, con mucha razón, que no eran en absoluto un pueblo inmoral; que eran un pueblo religioso que tenía los más altos paradigmas morales. Ponían un enorme énfasis en la vida familiar sana y tradicional. Pero el resto del país no les creía. La poligamia, para el norteamericano corriente, era una costumbre bárbara y, por lo demás, socialmente peligrosa. En el caso Reynolds, el Tribunal dijo que la poligamia era «exclusivamente una característica del modo de vivir de los pueblos de Asia y Africa»; también «conduce al principio patriarcal... que encadena a las personas a un despotismo permanente».

En esta ocasión, como suele suceder muchas veces, el Tribunal reflejó indudablemente lo que pensaba el conjunto del país. El caso *Reynolds* mostró los límites de la tolerancia nacional, que no llegaban, ni de lejos, a permitir el tener múltiples esposas. La tolerancia significaba que las personas —los blancos, por lo menos— tenían derecho a entrar a formar parte de la cultura dominante, sin barreras de clase ni de casta. No implicaba el derecho de hacer «la propia voluntad»; de vivir como un libre pensador no convencional. A los magistrados no se les ocurrió pensar que los pueblos de Asia y Africa podían proclamar el mismo nivel de civilización —y de legalidad— que los cristianos blancos originarios del Norte de Europa.

Wisconsin C/ Yoder[24] es un caso reciente que también trata del rechazo de una religión. El contraste con el caso *Reynolds* es, en algunos aspectos, chocante. Jonas Yoder era miembro de una religión minoritaria, la «Old Order Amish». El otro demandado era Adin Yutzy y pertenecía a la «Conservatite Amish Mennonite Church». Los demandados vivían en Wisconsin. Según la ley del Estado, los niños tenían que ir a la escuela hasta los dieciséis años. Los demandados se habían negado a llevar a sus hijos a la escuela a partir del octavo curso. Se les había impuesto la multa de cinco döla-

res y habían recurrido. El caso —evidentemente un caso-test— recorrió todo el trayecto hasta llegar al Tribunal Supremo de los Estados Unidos.

Una vez más, la defensa alegó la libertad de cultos. El Instituto o cualquier otra escuela superior eran «contrarios a la forma de vivir y a la religión de los Amish». Si los demandados respetaban las leyes de Wisconsin, sería en «perjuicio de su propia salvación y de la de sus hijos». Los Amish deseaban vivir en su propia comunidad religiosa «separada y lejos del mundo y de la influencia terrenal».

Esta vez, el Tribunal Supremo se hallaba bien dispuesto para atender la queja. La Enmienda Primera garantizaba el derecho a vivir al margen de la «corriente convencional». El Estado no tenía poder para imponer su voluntad a una comunidad religiosa y a una forma de vida «rara e incluso desordenada, pero que no interfiere con los derechos o el interés de los demás». Las leyes escolares de Wisconsin eran consecuencia del legítimo uso del poder del Estado, en general; pero los Amish también tenían sus propios derechos por lo que no todas las leyes regían para ellos.

El caso *Yoder,* como a menudo se ha señalado, tiene determinados rasgos de conservadurismo. Los Amish son intensamente religiosos, rurales y anticuados. Su escala de valores no ofende a la sociedad; en algunos aspectos no representan más que formas extremas de ciertos valores que la cultura dominante contempla con admiración. Pero también hubiera podido decirse lo mismo, en parte, de los Mormones. La misma poligamia era una costumbre bíblica. A pesar de las diferencias existentes entre el caso *Reynolds* y el caso *Yoder,* parece como si en la década de 1970 el Tribunal estuviese menos imbuido de la idea de la asimilación cultural y más abierto y mejor dispuesto a tolerar a grupos con formas de vida distintas de las del resto de los ciudadanos.

Hay, sin embargo, unos límites muy claros a la libertad de cultos. Ni siquiera hoy en día, al igual que en 1878, habría un solo Tribunal que pudiese aceptar los sacrificios humanos o la incineración de viudas en nombre de la religión. Con los horribles acontecimientos de Jonestown, Guayana, ocurridos en el mes de noviembre de 1978, aumentó considerablemente la polémica sobre la libertad de cultos; centenares de seguidores de un líder fanático se suicidaron por orden suya bebiendo «kool-Aid» envenenada. Los estadounidenses todavía se asustan y recelan de las religiones extrañas. La «Iglesia de la Unificación» (los «Moonies») ha desencadenado también una gran actividad jurídica. Este culto cae bajo la protección de la Primera Enmienda, ¿pero hasta qué punto? ¿Protege la ley la forma de actuar de esta comunidad; sus maneras agresivas de hacer proselitismo; las exigencias dictatoriales para con sus miembros? Algunos padres desesperados han logrado sacar a sus hijos de entre las garras de esta comunidad y «desprogramarlos». ¿Cómo pueden los padres hacerlo legalmente puesto que todos los «Moonies» son mayores de 18 años? ¿No es acaso una forma de vida que pueda escoger libremente un joven? Si es así, los padres no pueden obligar a sus hijos a desprogramarse. Sobre este último extremo hay, al menos, en California, un precedente judicial, que claramente lo reconoce[25]. Pero sea cual sea la forma en que se resuelvan esas cuestiones, lo cierto es que presentan evidentes puntos comunes con los casos *Reynolds* y *Yoder.*

Los cambios legislativos en materia de pornografía y desviacionismo sexual ponen también al sistema jurídico cara a cara con la revolución social. En el Capítulo 9 vimos el auge y el declive legislativo sobre los delitos sin víctima y el renovado interés que surgió a finales del s. XIX, en hacer respetar el código moral tradicional. Se endurecieron las leyes contra la pornografía y los delitos sexuales; se penalizó el aborto; también se publicaron leyes más severas contra el juego y la infracción del precepto dominical. Esta corriente, que empezó hacia el año 1870, fue quizás la última chispa de un orden social en desaparición. Fue quizás el último bastión del asedio de una idea; la de que había un solo código moral básico para todo el país y sólo tenía que haber uno; el código de la América protestante.

No hace mucho tiempo entró en nuestro país una oleada de emigrantes, muchos procedentes de Europa del Sur y del Este. Esos emigrantes tenían su propia cultura y esa cultura era muy distinta, en aspectos básicos, de la de los viejos americanos. Joseph Gusfield dice que este choque de culturas explicaría el porqué llegó a ser tan fuerte, en ese período, el movimiento en favor de la abstención de bebidas alcohólicas. Lo interpreta como una especie de reacción protestante que fue creciendo hasta alcanzar su apogeo con la aprobación de la Enmienda de la Prohibición[26].

La Ley de Narcóticos Harrison (1914) fue otro «triunfo» de la moral; convertía en delincuentes a los drogadictos y, a la larga, quizás significó un desastre mayor que el de la Prohibición. El choque de culturas fue una de las causas de la guerra contra las drogas y los toxicómanos. Las primeras leyes contra las drogas —por ejemplo, las de California[27]— fueron leyes contra los «fumaderos de opio»; los chinos eran los que hacían esos fumaderos y, para los californianos

blancos, el opio era una faceta del «problema chino». La lucha contra la marihuana se dirigió también, fundamentalmente, contra un solo grupo étnico, los «chicanos»; la marihuana era seguramente un «subproducto de la ilimitada inmigración mejicana». «El temor a la marihuana era especialmente vivo en las áreas de concentración de inmigrantes mejicanos»[28].

No hay duda alguna de que el antiguo código moral, en la práctica, había empezado a declinar. Como siempre, los comportamientos preceden al Derecho nuevo y son decisivos en su creación. Pero los cambios en las ideas —en las actitudes— van a la par con los cambios de conducta. Tiempo atrás se tenía un concepto general de lo que debía ser un comportamiento respetable. Las personas respetables tenían una vida sexual moderada, dentro de los límites del matrimonio cristiano. No se embriagaban ni armaban jaleo. No jugaban ni se drogaban. Trabajaban mucho y eran respetuosos con las leyes. Evidentemente, esta sociedad tenía muchos secretos sucios. Había millones de grandes bebedores. Las prostitutas vendían sus cuerpos en la calle. El juego y el vicio eran fácilmente asequibles en cualquier ciudad. Había obreros y vagabundos que iban de pueblo en pueblo. Pero nadie *defendía* el vicio o la bebida. La gente, o actuaba de acuerdo con esa escala de valores o, lo que es casi tan importante, la aceptaba como un código oficial; la gente le rendía pleitesía aún cuando infringiera todos y cada uno de sus preceptos.

Lo que pasó a partir de finales del siglo XIX es quizás un sutil cambio en la legitimidad del código tradicional. Cada vez eran más las personas que comenzaban a ponerlo en tela de juicio y no precisamente con su comportamiento; lo ponían en tela de juicio como tal norma y también como ideal; atacaban su «status» oficial. Los católicos italianos, por ejemplo, no veían nada malo en un vaso de vino. Otros, en cambio, dirigían sus mayores ataques al «puritanismo» y a la «beatería». La mayor parte de los hábitos y reglas de los nuevos inmigrados no eran, en absoluto, ofensivas; sin comparación con la poligamia de los Mormones o la cultura del opio de los chinos. Ello no obstante, las viejas élites quizás creyeran que el sol se estaba poniendo en el imperio de sus valores; que la bella y antigua mansión de la cultura americana se estaba desmoronando.

No aceptaron que su destino se fuera por los suelos. Si la carcoma atacaba la casa, había que rehacer la carpintería. La mayoría fueron en busca del Derecho para hacer respetar su escala de valores y reforzar su monopolio sobre la legitimidad moral. En una sociedad compleja, el Derecho actúa como un sustitutivo de las normas no formales. Se utiliza para mantener unida a una población heterogénea en un orden que funcione razonablemente y a pesar de todas las diferencias de valores y costumbres. Sustituye a los métodos informales; aquellos métodos que funcionaban tan bien en la pequeña isla de Tristán da Cunha, o entre los pequeños clanes y grupos de cazadores y cultivadores, o en los clubs, familias y bandas de amigos.

La sociedad recurre al Derecho en busca de apoyo para apuntalar su casa; para prevenir su ruina. Pero no siempre el Derecho funciona en la forma esperada. El hecho mismo que nos hace recurrir al Derecho —la diversidad de culturas— condena al proceso jurídico a un resultado imperfecto. Si el Derecho se inclina hacia un lado; si prohibe los valores y costumbres de una minoría, puede encontrarse con una fuerte resistencia. Muchos piensan que la Prohibición fue un fracaso estrepitoso. La Ley Harrison ha tenido una historia peor todavía. La mayoría de las personas imparciales admiten que creó el mercado negro de las drogas y condujo a los toxicómanos por la senda del crimen; que contribuyó a la inseguridad ciudadana. Las medidas no sólo fracasaron sino que hicieron un daño incalculable. Quizás no exista una alternativa razonable[29], pero ello no altera el hecho de que las leyes sobre las drogas hayan fracasado en sus objetivos.

En lo que respecta a la moral sexual, el Derecho ha sido aún menos eficaz. Resulta que la revolución social no se quedó en agua de borrajas. La vieja moral, en la práctica, continuó decayendo; hubo cada vez más demandas para legitimar otras formas de vivir. En la pasada generación, las fuerzas que pedían el cambio adquirieron suficiente poder como para obligar a la sociedad y al Derecho a recorrer la mitad del camino. Evidentemente todavía no se ha dicho la última palabra. En la actualidad las fuerzas «morales» están al contrataque. La pornografía aún es objeto de fuertes polémicas. También los derechos «gays». Y lo mismo el aborto, liberalizado por el Tribunal Supremo y contestado por el movimiento «pro-vida». El gobierno de Ronald Reagan está ligado a los valores tradicionales. Nos esperan muchas batallas jurídicas en el Congreso, en los Tribunales y en la opinión pública.

El declive de la autoridad

¿Qué es lo que hay detrás de la revolución social? Lo que hay, desde luego, es el debilitamiento general del principio de autoridad en los Estados Unidos. Algunos piensan que forma parte de una tendencia a largo plazo. Puede que empezara muy pronto en nuestra

Historia. Las colonias puritanas estaban dominadas por el clero, pero esta situación no duró mucho tiempo. Cuando el país alcanzó la independencia era una nación sin una Iglesia propia; sin una nobleza o aristocracia de nacimiento o de méritos consolidados. Personas tales como Alexis de Tocqueville, que nos visitaron en el siglo XIX, se asombraron de lo «democrático» que era nuestro país, lo que, entre otras cosas, significa que la población mostraba escaso respeto por la autoridad tradicional, comparado con países como Francia. Era una nación de igualdades políticas y sociales, o al menos así se lo parecía a los europeos, a pesar de los esclavos del Sur (la posición subordinada de la mujer es una cuestión que pasó desapercibida a la mayoría de los hombres).

Todas las sociedades tienen una estructura jerárquica. Todas las sociedades tienen capas superiores e inferiores. No hay ninguna sociedad que haya llegado nunca a la pura igualdad. Hubo, y todavía hay en este país, muchas clases de autoridad, muchas formas de jerarquía. Son millones los americanos profundamente religiosos que siguen los preceptos de su Iglesia. Existe el respeto por la ciencia. También por el dinero y el poder político. Está también la autoridad de la costumbre y la de la moral tradicional. Es una especie de reino interno que se transmite a través de los padres, maestros y predicadores. Para muchos, la tradición es una considerable fuente de control.

Es difícil medir la autoridad. Algunas formas tradicionales de autoridad, con el tiempo, parecen haber perdido mucha fuerza. El destino que ha tenido la autoridad familiar, por ejemplo, es objeto de muchas críticas. Está claro que la autoridad de la familia no ha muerto del todo. Puede que la voluntad del padre ya no sea la suprema ley, pero la mayoría de los hijos siguen obedeciendo a sus padres. Hacen sus deberes y atienden en clase, aún cuando ya no muestren el respeto que mostraban antes ni obedezcan como pequeños prusianos. La mayoría de la gente sigue un claro código de comportamiento. El declive de la autoridad es una cuestión de grado. Las investigaciones muestran que la autoridad de la Administración está en decadencia; que hay una pérdida de confianza, una crisis de legitimidad; pero esos son quizás problemas muy concretos.

En cierto sentido, el proceso jurídico se apresura a llenar el vacío. En muchos aspectos ha sustituido unas formas de autoridad por otras. En los tiempos coloniales, los oficiales juraban fidelidad a su Rey; tenían un ligamen personal con la Corona. En nuestros días, el Presidente de los Estados Unidos presta juramento de defender la Constitución. Su «rey» es un documento jurídico; un símbolo del

Derecho más que de una autoridad humana. En este país se da por supuesto que, en última instancia, el poder pertenece al pueblo; más concretamente, reside en una estructura jurídica. Juramos fidelidad a la bandera, pero la verdadera fidelidad no es a la bandera, ni al Presidente ni a ningún documento secreto; ni siquiera a Dios. Nuestro compromiso es más bien con cierta forma de gobierno; con un sistema determinado; con una serie de formas de proceder, con una forma de tomar las decisiones; es, en otras palabras, con el Derecho. Hay un consenso general en obedecer y respetar las reglas del juego.

Estas reglas son las que mantienen a la sociedad unida. Hay tornillos y tuercas básicas para mantener en pie esa estructura. Cuando los demás poderes ceden, el papel del Derecho se vuelve más fuerte, más imparcial e impersonal y se convierte en el árbitro de las disputas. El Derecho es una solución a los dilemas de la política y a las grandes polémicas. Aún cuando un concepto del Derecho, que lo coloca más allá y por encima de la política, sea realmente un mito, es todavía un sistema válido para apelar a la consciencia de las personas y para motivarlas con algo superior al frío interés personal. Todo ello explica quizás la tendencia observada por muchos; la tendencia a trasladar a los Tribunales toda clase de cuestiones sociales y económicas. En los Tribunales las preguntas reciben respuestas y, normalmente, ambos contendientes suelen respetar la decisión del Tribunal. Ya en el siglo XIX, De Tocqueville observaba esa costumbre, entonces embrionaria, de los americanos. No hay en Norteamérica asunto social o político, decía, que no se convierta en judicial. Esa observación de De Tocqueville nos parece, hoy, aún más exacta. Muchos se alarman por el cariz que han tomado esos asuntos; algunos, en cambio, se enorgullecen de ello.

En cualquier caso, en los Estados Unidos, el Derecho y (curiosamente) los Tribunales, se encuentran en el mismo centro de las decisiones cruciales. Estas decisiones atañen a muchos aspectos de la vida, incluidas las principales cuestiones sociales; cuestiones tan escurridizas como la pornografía, el aborto, el desviacionismo sexual, la moralidad personal y las leyes sobre las drogas; es decir, toda la revolución social.

Un ejemplo moderno: el caso de la palinodia

Las fuerzas sociales hacen y rehacen el Derecho constantemente. Es algo que vemos a menudo ante nuestros mismos ojos, por así decir. Un ejemplo de ello es el conocido caso de la «palinodia»

Marvin C/ Marvin[30]. Lee Marvin, el actor de cine y una cantante, Michele Triola, vivían juntos desde hacía siete años. No estaban casados. Pero Michele Triola se hacía llamar Sra. de Marvin y se comportaban en todo y por todo como marido y mujer. Al fin, sus relaciones cesaron y en 1970, Michele Marvin demandó a Lee Marvin, reclamando la mitad del producto de sus ganancias —más de un millón de dólares— por los años que vivieron juntos. Decía que él le había prometido esa parte de beneficios en compensación por haberse ido a vivir con él, como así lo hizo.

El Tribunal de Los Angeles no entró en el fondo de la demanda. Se basó en una larga serie de sentencias anteriores que habían rehusado dotar de fuerza de obligar a ese tipo de acuerdos. El vivir juntos fuera del matrimonio era inmoral a los ojos de la Ley; y cualquier supuesto contrato que regulara tal conducta era inválido. Michele Marvin apeló al tribunal superior y el Tribunal Supremo de California, por seis votos contra uno, anuló la sentencia del tribunal inferior. El tribunal de instancia, dijo, había tomado la decisión de forma apresurada. Michele podía perfectamente tener derecho a lo que solicitaba. Se le tenía que dar oportunidad de probar sus alegaciones. Devolvió los autos al tribunal inferior para que se celebrase el juicio.

La sentencia del Tribunal Supremo de California es muy técnica y está llena de matices jurídicos. Evidentemente, las sutilezas jurídicas no llegaron a los millones de personas que leyeron el caso en los periódicos o lo vieron en las noticias de la noche. Sólo un puñado de abogados leyó el texto original. El público, sin embargo, comprendió perfectamente que el caso de Michele había abierto la puerta a una nueva clase de procesos. La cohabitación ya no era una situación prohibida por la Ley, al margen de lo respetable y de la legalidad. Era, o podía ser, una relación claramente legal; de ella podían surgir derechos y obligaciones y los tribunales harían cumplir los convenios lícitos que hiciesen esas parejas.

El Tribunal Supremo de California sentó una nueva doctrina legal; pero ¿por qué? Hay algo, sin embargo, que parece evidente al jurista y al profano; los tiempos han cambiado; la moral ha cambiado. En 1978[31], la oficina del censo estimaba en 2,2 millones las parejas de no casados que vivían juntos. Estas cifras han aumentado mucho desde 1970; la cohabitación de las parejas se ha extendido cada vez más, año tras año.

El Tribunal Supremo de California vive dentro de la sociedad, como el resto de nosotros. Sus magistrados tienen ojos y oídos; leen

los periódicos y ven la TV. Seguramente conocen a personas —quizás sus propios hijos— que viven con su pareja sin estar casados. La cohabitación de la pareja es una forma de vida, guste o no guste, y se extiende por todas las clases sociales. Cuando cambian los modos y costumbres sociales no es extraño que los derechos y deberes legales se modifiquen a su vez. El Tribunal de California argumentó en varios pasajes de su sentencia que el caso *Marvin C/ Marvin* no era una verdadera ruptura con el Derecho anterior. A los tribunales les gusta poner el acento en la continuidad del Derecho, aún cuando estén creando nuevas doctrinas. Pero el Tribunal también se refirió, sin embargo, al nuevo contexto social; a los cambios «radicales» que se habían producido en las «costumbres sociales».

La victoria de Michele Marvin en el Tribunal Supremo de California no entró en el fondo de su demanda. Ahora tenía que fundarla en hechos. El nuevo juicio fue largo y duro. Ocupó los titulares de los periódicos y produjo innumerables cotilleos y escándalos. En términos jurídicos, el resultado fue algo decepcionante. Michele Marvin obtuvo un modesto triunfo, tan modesto que casi fue una derrota. Se le adjudicó algo así como 100.000 dólares. Era muy poco comparado con la cuantía de lo pedido. Es probable que no lograra conseguir más a causa de la debilidad de sus pruebas. Insistía en que ella y Lee Marvin habían llegado a un «acuerdo», pero no tenía pruebas convincentes. Al final, ambas partes cantaron victoria. Pero algo quedaba claro; aunque no sirviese de gran consuelo a Michele Marvin, el Derecho había cambiado. Ya no había impedimentos morales o jurídicos a demandas como la suya, al menos en California.

La revolución social había alcanzado a una parcela concreta del Derecho en un determinado punto del espacio y del tiempo. Había que reestructurar derechos y deberes. Tal reestructuración no fue, al parecer, preordenada con una lógica férrea. La gran expansión de la cohabitación marital implicaba que tal cuestión había de salir a la superficie del sistema jurídico, aún cuando la solución dada en California no fuese, en absoluto, inevitable ni predeterminada. Nadie podía asegurar que la nueva fórmula jurídica tuviera que presentarse exactamente de esa manera y en ese momento, ni que esa fuera la mejor forma de afrontar la situación. Sólo podemos afirmar que ese tipo de relaciones debían cambiar; cambiar para tomar una forma más acorde con los nuevos tiempos.

¿Cuáles fueron, a su vez, los efectos sociales del caso *Marvin C/ Marvin*? Realmente fue un caso famoso y muy conocido. El «New York Times», entre 1976 y 1979, publicó diecisiete artículos sobre él.

La revista «Time» lo ilustró en una historieta y lo mismo hizo «Playboy»; los humoristas le sacaron chistes que contaban en las pantallas de televisión y en las revistas también aparecieron chistes ilustrados. El mensaje —o al menos, una parte de él— se extendió por todas partes. Millones de personas se enteraron de que el Derecho había cambiado. Se enteraron de un modo vago e impreciso, pero intuyeron que algo había sucedido.

Lo que sucedió después apenas puede sorprendernos. Los amantes infortunados aprendieron la lección del caso *Marvin C/ Marvin*. Dos años después del caso californiano aparecieron en diversos tribunales unos 100 procesos tipo *Marvin*[32]. Hubo probablemente otros casos que se transigieron antes de llegar tan lejos. Estos casos llegaron, en muchos estados, a los tribunales superiores de apelación. Allí el resultado fue heterogéneo. Algunos estados aguantaron firme, al menos por el momento. Otros (Oregón, Minnesota, New Jersey y Alaska) se montaron al tren de los nuevos tiempos y siguieron la línea trazada por el caso *Marvin C/ Marvin*. Estos casos fueron consolidando una determinada tendencia.

Con independencia del Derecho, ¿cambió el caso *Marvin* la forma de vivir de la gente? Seguramente que, en algún aspecto, sí. Algunas personas acomodadas y con servicio serían, en adelante, más prudentes en lo que hacían y decían. El caso provocó también el que muchas personas fueran a consultar a un abogado; algunas parejas firmaron un contrato estableciendo derechos y obligaciones y preparando el camino a la demanda que, en su caso, se presentaría al compañero de pareja en reclamación de cantidad por sus ingresos. Una vez más podemos utilizar la metáfora del puente. Las fuerzas sociales moldean el derecho en un sentido determinado, pero una vez moldeado, aparecen fuerzas y órdenes nuevos; el propio Derecho pasa a influir en las conductas. El Tribunal Supremo de California dio respuesta al cambio social; enunció el problema y le dio forma; delimitó de nuevo la cuestión y (con los focos publicitarios) creó nuevas expectativas. Este caso también coadyuvó, probablemente, a legitimar una forma de vida que en el pasado había escandalizado a las personas respetables. Cierto que muchos todavía piensan que la cohabitación marital es inmoral. Sin duda desaprueban lo que hizo el Tribunal Supremo de California. Pero aquel Tribunal ni inventó la cohabitación marital ni la propagó.

Los cambios en la moral, en las buenas costumbres y en las formas de vida —cambios culturales y cambios de expectativas— crean nuevas demandas que presionan a las instituciones jurídicas, incluidos los Tribunales de Justicia. Entonces estas instituciones, al verse sacudidas por fuerzas sociales contrarias, modifican su actuación. Las normas jurídicas, los procesos y los comportamientos varían; se mueven de derecha a izquierda, de arriba a abajo. La nueva situación jurídica fija más sólidamente las costumbres, refuerza ciertas expectativas, envía mensajes nuevos, altera sutilmente la cultura. Cambia los modos de pensar y la forma de ver la vida, de la misma manera que un prisma altera los rayos de luz. Este es un proceso constante en la sociedad.

Tomemos un ejemplo más. El Derecho sobre el medioambiente es un campo totalmente nuevo que ha aparecido en estos últimos años. Su origen está, básicamente, en el movimiento ecologista. Este movimiento no salió de dentro del sistema jurídico. Surgió fuera, en la sociedad. Hizo irrupción en las consciencias y fue a parar al Derecho. Pero hoy en día, este campo del Derecho es una realidad tangible, grande e importante. Los abogados y hasta la gente de la calle conoce determinadas «listas de situaciones alarmantes»; las «listas de especies en peligro»; las «reformas en favor del medio-ambiente» etc. El Derecho del medio-ambiente proporciona, a su vez, ganchos y asideros a los grupos ecologistas con el fin de que puedan presionar a la sociedad para que vaya todavía más lejos en un sentido determinado.

El proceso del cambio socio-jurídico no es ni llano ni suave. Es, todo lo más, una carretera con baches. El movimiento ecologista, por ejemplo, está continuamente metido en polémicas. Muchos piensan que «las cosas han ido demasiado lejos». Piensan que esos «extremistas» dañan a la economía y todo por unos cuantos árboles o peces. En la década de los setenta surgió un importante movimiento de signo contrario. Algunos de sus líderes han obtenido el poder político. James Watt, Ministro del Interior del Gabinete Reagan hasta finales de 1983, procede de este grupo. Se han levantado fuertes controversias sobre las concesiones petrolíferas en aguas de California; sobre las minas de carbón en terrenos públicos; sobre los residuos nucleares o el dragado de canales, etc. Los dos grupos están en continua disputa; en los Tribunales, en los Parlamentos, en las elecciones. Discueten sobre doctrinas y normas, que es la materia prima del Derecho. El Derecho del medio-ambiente se halla en continua transformación.

Todos los grandes cambios de comportamiento social tienen una repercusión en el Derecho. Y todas las transformaciones sustanciales del Derecho tienen sus raíces fuera de él; en el comportamiento

social. El fenómeno de las reclamaciones a médicos por «negligencia profesional» es, sólo si se considera superficialmente, un fenómeno jurídico. Se ha producido una erupción de demandas contra médicos y hospitales; ello ha asustado a las compañías de seguros y las ha motivado para aumentar desconsideradamente las primas de las pólizas a los médicos y éstos luchan para poner un freno legal a las demandas por daños y perjuicios. Pero este fenómeno, en su conjunto, sería inconcebible sin los profundos cambios habidos en la organización de la Medicina. Las relaciones médico-paciente; la estructura del ejercicio de la Medicina; el aumento de las especialidades médicas; el desarrollo de la cirugía y farmacología modernas; todo ello ha transformado la manera en que reaccionan médicos y pacientes unos con otros; y las antiguas leyes de la época de la silla de montar han tenido que ser completamente barridas.

La lucha por la abolición de la pena de muerte muestra también como el Derecho y los Tribunales se hallan expuestos a la presión del exterior. En esas batallas sobre la pena capital los Tribunales suelen estar en el centro de la escena, bajo la luz de los focos. Pero en definitiva, no son los verdaderos protagonistas de la batalla. Son los índices de criminalidad, sus efectos sobre la opinión pública y los grandes desplazamientos de las fuerzas políticas los factores que, por así decir, están detrás del telón moviendo las cuerdas.

Sin embargo, el volumen y la sustancia del Derecho siguen creciendo en una dirección o en otra. ¿Hacia dónde nos llevan? ¿Sabemos al menos qué dirección toman?

15

Epílogo: El futuro del Derecho en los Estados Unidos

MUCHOS PIENSAN QUE la presencia del Derecho es excesiva; que para nuestro propio bien, los norteamericanos nos complicamos demasiado la vida con el Derecho, los pleitos y el proceso jurídico. Y ciertamente, la sociedad norteamericana parece estar atrapada en una red jurídica mucho más que otros países o que en tiempos anteriores. Algunas personas tienen la impresión de que nos estamos hundiendo cada vez más en arenas movedizas. Una revista de ámbito nacional se lamentaba con amargura de «esta sociedad litigiosa» en la que «está minada la confianza y destruida la creatividad» a causa de los pleitos sin fin[1]. Otros, en cambio, creen que el desarrollo del sistema jurídico norteamericano es más bien motivo de orgullo y un signo de confianza en la Justicia en todos los campos.

En los catorce capítulos anteriores hemos intentado mostrar como se infiltran en la sociedad norteamericana el Derecho, el proceso y las instituciones jurídicas. Incluso los actos más simples de la vida cotidiana —el ir a la tienda de comestibles— presuponen una amplia superestructura jurídica. En nuestra sociedad, el Derecho rige tanto la vida de cada día como los acontecimientos extraordinarios. Muchas de las noticias de cada día son noticias jurídicas en su inmensa mayoría. La mayoría de las noticias las producen los acontecimientos públicos y, en nuestros días, casi siempre son cuestiones del Gobierno o que tienen algún aspecto jurídico o político. Tam-

bién sucede lo mismo con los desastres naturales (los producidos por fuerza mayor, inundaciones, huracanes, terremotos) y con los accidentes más importantes (de aviación, incendios, derrumbamientos). El Derecho se ve mezclado de alguna manera en ellos. Es inevitable tener que traer a colación a la Oficina de Aviación Civil, a los controladores aéreos, a la reglamentación sobre incendios, al auxilio público, a la inspección de diques y pantanos, etc. Un accidente de aviación o cualquier otro acontecimiento trágico provoca una oleada de investigaciones. También provocará, con toda seguridad, un montón de litigios. Los litigios, en nuestros días, se han convertido en algo casi tan seguro como la muerte y los impuestos.

Todo el mundo habla de esta «sociedad litigiosa» y del «empacho jurídico» ¿Es algo más que una mera impresión? ¿Podemos dar alguna explicación exacta del por qué del volumen jurídico que tenemos? ¿Puede mesurarse de una forma científica? No se puede coger un metro y medir el sistema jurídico. No puede saberse exactamente dónde empieza, por dónde pasa y dónde acaba. Pero existen medios muy sencillos para demostrar este desarrollo jurídico. Hay en la actualidad más de 600.000 abogados en ejercicio. Es fácil constatar como aumenta el volumen legislativo estatal y federal. La colección legislativa de Nueva Jersey del año 1847 cabía fácilmente en un solo volumen de unas mil páginas. Hoy en día, las leyes de Nueva Jersey llenan toda una estantería.

La población de Nueva Jersey también ha crecido desde 1847. En el censo de 1850 se registró una población de 489.555 habitantes; hoy sobrepasa los siete millones. Pero el aumento legislativo es muy superior, en términos relativos, al de la población. En 1847 las leyes no se ocupaban de muchos aspectos que hoy en día están intesamente regulados. Si un estado dicta una ley que trata del lavado en seco, esta ley se aplicará tanto si hay sólo treinta aparatos de este tipo como si hay treinta mil. Claro que no es probable que se regule ese sector si sólo hay treinta aparatos. El desarrollo legislativo está en relación con el volumen de la población, pero esa relación no es sencilla.

En 1847 no existía ningún aparato para lavar en seco. Tampoco había teléfonos, ni computadoras, ni automóviles, ni residuos nucleares, ni contraceptivos orales, ni aparatos de T.V. y así sucesivamente. Los asombrosos progresos científicos e industriales ocurridos desde 1847 han barrido los antiguos límites legislativos. Antes de la era del automóvil sólo había un minúsculo desarrollo legislativo sobre tráfico, pero los millones de cohes que hormiguean por las calles,

capaces de alcanzar las cien millas por hora, crean problemas mucho mayores que los que podía plantear la mula y el carro.

El automóvil también ha incrementado el área de la libertad personal en términos que todos consideramos ya irreversibles. Durante siglos la mayoría de la gente ha estado casi literalmente atada a la tierra. No era fácil conocer el mundo más allá de la cuesta o colina cercana a la cabaña o al núcleo familiar. En 1847, incluso los granjeros de Nueva Jersey o los obreros textiles de Lowell, Massachussetts, estaban básicamente atados a sus hogares. Los viajes eran lentos y difíciles.

La tecnología ha incrementado ampliamente la movilidad del hombre medio. El ferrocarril ya representó un gran progreso, pero fue el automóvil el que produjo el más asombroso cambio en nuestras vidas. La mayoría de las familias de hoy en día tienen coche o pueden tenerlo. Pueden desplazarse a voluntad de la ciudad al campo, del campo a la ciudad y de un estado a otro. El coche significa libertad para ir a ver parques y museos; visitar a los parientes de Colorado; hacer camping, vivir en la periferia y cambiar de trabajo.

Al propio tiempo, el automóvil conlleva un inmenso cuerpo legislativo; normas sobre accidentes de coche, sobre seguridad en las carreteras y en los vehículos; normas de circulación; límites de aparcamiento; disposiciones relativas al permiso de conducir y al hecho de conducir bajo la influencia de bebidas alcohólicas, etc., etc. Todo ello es parte del precio a pagar por el gran aumento de libertad que trajo el automóvil. No es, por tanto, tan evidente que un incremento normativo como el expuesto recorte la libertad personal. Puede que ello suceda o no. Cierto nivel legislativo es consecuencia natural de las nuevas tecnologías; es un costo o un efecto secundario de los motores que aumentan nuestra libertad y nuestras posibilidades. Es una cuestión difícil y compleja. De esa cuestión nos hemos ocupado un poco en este libro aunque, ciertamente, no la hemos resuelto.

Así pues, todos estos sencillos ejemplos que acabamos de ver revelan un gran desarrollo legislativo. El sistema jurídico se ha ido hinchando durante años, creciendo más aprisa que la población; hasta el mismo índice de crecimiento aumenta. El Derecho Administrativo surgió casi de la nada y ahora tiene una gran importancia social. Es particularmente importante la explosión legislativa federal de las dos últimas generaciones, desde el «New Deal» aproximadamente. La Administración Reagan tomó el poder en 1981 con el firme propósito de cortar por lo sano. Pero no ha llegado muy lejos en sus propósitos. Y nadie sueña ya con hacer retroceder al gobierno

federal a los tiempos de Harding y Coolidge. No es posible tal retroceso. A lo más que puede aspirar un gobierno conservador es a impedir que el país se vaya hinchando hasta explotar como un globo gigante.

La explosión contenciosa: realidad y ficción

Un área especial de este desarrollo ha sido la litigiosidad. El clamor contra la litigiosidad y contra el índice de litigiosidad es particularmente importante. La litigiosidad, dice la gente, está creciendo a marchas forzadas, a un ritmo más rápido del que los Tribunales pueden soportar y del que conviene al país. Se llega a decir que hay una «explosión» de pleitos y de que padecemos una «hiperlexia», terrible enfermedad que «sobrecarga» los circuitos jurídicos[2]. El artículo de la revista mencionada más arriba lo explicaba en esos términos: «los obreros demandan a sus patronos, los estudiantes a sus profesores, los sujetos imponibles a los funcionarios y los amigos demandan a los amigos»[3].

¿Qué hay de malo en esa «explosión contenciosa», suponiendo que exista? Ante todo, los pleitos pueden llegar a inundar los Tribunales y a interferir en el buen orden de administrar justicia. En segundo lugar, la oleada de litigiosidad puede desmembrar y destruir el proceso normal de gobierno. Los Tribunales asumen un papel que no les corresponde: interfieren en competencias del estado. Entran en campos que deberían dejar libres o al cuidado de otros. En tercer lugar, esos litigios pueden desmembrar y destruir las relaciones sociales normales. El demandar al médico, por ejemplo, no contribuye a mejorar las relaciones médico-enfermo.

Los que protestan aportan terribles ejemplos para ilustrar su punto de vista: unos señalan los problemas del transporte escolar; otros el como los Tribunales paran o retrasan los grandes proyectos, otros, en fin, se refieren a los casos de la pena de muerte o al problema del aborto, etc., etc. Los mismos jueces —con el Presidente Burger al frente— se quejan de la crisis en los Tribunales. Dicen que hay un peso aplastante de demandas judiciales.

De hecho sabemos muy poco sobre los índices de litigiosidad en los Estados Unidos y aún menos de como estos índices varían con el transcurso del tiempo. Puede que la explosión contenciosa sea, en parte, puramente imaginaria; una falsa impresión, una pesadilla. Ciertamente, el número total de litigios, en términos absolutos, ha ido aumentando a través de los años, pero cuando nos referimos al

índice de litigiosidad, queremos dar a entender la existencia de algún nexo entre el número de pleitos y el de habitantes. En ese sentido no tenemos gran cosa en que basarnos para hablar de «explosión»; las estadísticas judiciales son pobres. Las estadísticas históricas (suponiendo que tengamos alguna) carecen casi de todo valor. Es difícil pronosticar algo sobre las tendencias a largo plazo.

El índice de litigiosidad está claramente en alza en un orden jurisdiccional concreto; el de los tribunales federales. En conjunto, estos tribunales tienen registros fiables. En 1902 las demandas registradas en los tribunales federales representaban 19,9 casos por cada 100.000 habitantes; hacia el 1972, el índice había subido a 43,9 casos por cada 100.000 habitantes[4]. Desde entonces el índice ha seguido subiendo. En el año 1900, los Juzgados de Distrito de los Estados Unidos vieron 29.094 causas. Esta cifra llegó a 152,583 en 1932 (hinchada artificialmente por los procesos debidos a la Ley de Prohibición); descendió luego a 69.466, en 1942 y después volvió a subir otra vez. En 1971 llegó a 126.145 casos; en 1980, a 189.778[5].

Este gran número de casos federales contribuye a dar la impresión de que hay una explosión de litigiosidad. Pero hay un solo sistema federal y tenemos cincuenta estados. Estos cuentan con el 90% de los litigios del país. Las investigaciones sobre los Tribunales de los estados son escasas y poco concluyentes. Por ejemplo, en Saint Louis, Wayne McIntosh notó un alto índice de litigiosidad en la época que va desde principios del siglo XIX hasta 1850. Entonces el índice disminuía hasta tocar fondo en la década de 1890. A partir del año 1900 el índice, aunque muy ligeramente, tiende a ascender. Y concluye diciendo que, básicamente «el índice de litigiosidad se ha mantenido muy estable en los últimos sesenta años». Aquí no ha habido explosión ninguna; tampoco se halla ninguna explosión en las investigaciones realizadas sobre dos condados de California, Alameda County y San Benito County, en el período que va desde 1870 a 1970[6].

El índice de litigiosidad es una figura escurridiza. Una de las razones es que es difícil decir con exactitud lo que se entiende por litigiosidad. Hay, por ejemplo, un índice de divorcio muy alto en los Estados Unidos. Los Tribunales vomitan centenares de miles de divorcios. Casi todos de común acuero. Pero cada uno es un «caso» en el sentido de que se presenta una demanda al Juzgado, el oficial la registra y el caso *Smith C/ Smith* obtiene su propio número en el registro. Pero en el noventa y nueve por ciento de esos casos, de hecho, lo que sucede en el Juzgado no merece el nombre de pleito. Son

casos totalmente pre-fabricados. El matrimonio Smith y su abogado lo han preparado todo de antemano. Hay un comportamiento jurídico, pero apenas puede hablarse de litigiosidad.

Puede decirse lo mismo de otros tipos de proceso como la adopción, los cambios de nombre, etc. También la mayor parte de las reclamaciones por daños y perjuicios, según dijimos antes, se resuelven sin pasar por el Juzgado. E incluso la mayoría de las que entran en un Juzgado se resuelven antes de llegar a juicio. Al igual que con los casos de divorcio, el oficial les atribuye un número de orden y pasan a figurar en las estadísticas judiciales. Sin embargo, cuando la gente habla de litigiosidad suele referirse a verdaderas disputas que han de resolverse en una Sala de audiencias, ante un Juez, o ante el Juez y el Jurado. Y puede ser que éstas no aumenten en absoluto.

Es evidente, en cambio, que algunas clases de litigios *están* realmente aumentando. El control jurisdiccional de la constitucionalidad es más frecuente que en el pasado, como ya hemos visto. Hasta cierto punto se alimenta a sí mismo. Si los Tribunales desean controlar, revisar o supervisar lo que hace el Congreso, los legislativos y las agencias de la Administración, entonces no tienen más que estimular a los distintos grupos sociales para que presenten demandas a los Juzgados. Las personas se unen entre sí para impugnar las leyes que no les gustan; para parar la construcción de una autopista o de un aeropuerto; para obligar al estado de Arkansas a vaciar sus cárceles o al de Alabama a reformar sus sanatorios mentales; para evitar la ejecución de un asesino, y así sucesivamente. Es una tendencia muy fuerte y va en aumento. En cierto sentido es muy propia de este país.

Siempre que surge una nueva «parcela» jurídica o una fuente de derechos y acciones y allí donde esto ocurre es posible que se produzca una avalancha de nuevos juicios. Puede que estos pleitos armen un gran revuelo social, aún cuando no sean significativos estadísticamente. En el capítulo 14 hablamos del caso *Marvin c/ Marvin*. Este caso abrió una puerta que hasta entonces había permanecido cerrada. En los dos años siguientes, se presentaron, en diversos Juzgados, cien demandas del tipo de Marvin c/ Marvin. Fue, en muchos aspectos, un importante avance. Pero cien casos no se notarían en absoluto en las estadísticas judiciales. Hay, cada año, en los Tribunales norteamericanos más de un millón de nuevas demandas registradas; cien casos son un grano de arena en el desierto.

De todos modos, lo que cuenta no es el número, sino la clase de demandas que se presentan. En las últimas décadas han aparecido áreas de litigiosidad enteramente nuevas. Han florecido los casos de negligencia profesional y defectos de fabricación. La Ley de Derechos Cívicos de 1964 y otras concordantes han sido el origen de gran cantidad de casos novedosos. Antes de la década de los sesenta hubo sólo unos pocos casos de discriminación racial y no hubo prácticamente ninguno sobre discriminación de sexos o de edades. Pero el Congreso y los tribunales crearon derechos nuevos. Se declaró ilegal la discriminación en el trabajo. Hoy en día la discriminación laboral es una de las parcelas importantes del Derecho. Da trabajo a cientos de abogados y es la causa de muchos litigios. Son pocos casos comparados con el número de divorcios. Pero muchos de estos casos son de enorme importancia; son casos de una clase social contra las grandes compañías, que pueden significar millones de dólares y un cambio de estructura de los mercados laborales. Los números no hacen justicia a la situación planteada. Hay en el mundo más ratones que elefantes, pero un elefante arma mucho más revuelo que un ratón.

En general los «megaprocesos» van en aumento; son litigios monstruos; increible y enormemente caros. Un buen ejemplo de ello son las demandas privadas en cuestiones que afectan a la ley antimonopolio. La Ley Sherman[7] convirtió en delito las prácticas monopolísticas y restrictivas del libre mercado. El Gobierno, claro está, tenía los principales medios para hacer cumplir la ley. Pero la Sección 7 de dicha ley autorizaba a las compañías privadas y a los ciudadanos a demandar por daños y perjuicios a cualquier persona o compañía que les hubiese «perjudicado» mediante una infracción de la repetida ley. El demandante podía, en realidad, obtener tres veces el valor de los perjuicios que hubiera realmente sufrido. Ello se hizo para incentivar las demandas y también como una especie de penalización para los infactores. Ello no obstante, durante muchos años las demandas de particulares no fueron muy numerosas. En la década de 1940 hubo una media de cien al año. Pero en cambio, en 1979, hubo 1.312, es decir, diez veces más[8].

La demandas privadas por casos antimonopolio suelen producir litigios elefantiásicos. Algunos se eternizan durante meses, incluso años. A cada parte le cuesta millones de dólares. Las cuantías de los litigios pueden ser tremendas; pueden sobrepasar los mil millones de dólares para un solo caso. Se presentan toneladas de documentos. Batallones enteros de abogados son lanzados al combate. También algunas denuncias públicas de la ley antimonopolio originan «superlitigios». El ejemplo más importante fue el del caso IBM. Empezó en 1969 y se convirtió en el campeón de los pleitos por su volumen. Los documentos hubiesen podido llenar una docena de locales. Las

costas para ambos contendientes fueron tremendas. En un momento dado pareció como si el caso no fuera nunca a terminar; como si tuviera que durar eternamente. Pero en 1981 la Administración Reagan tiró la toalla, y aquel enorme proceso se fue en agua de borrajas, después de haber costado millones de dólares, millones de horas y millones de documentos. Tampoco este caso hizo mella alguna en las estadísticas judiciales. Fue, simplemente, un caso único. Evidentemente, no hacen falta muchos «grandes procesos» como este para oir el estruendo de una «explosión».

Por otro lado, algunas clases de litigios pueden, de hecho, estar en declive. Ciertos estudiosos aducen que los tribunales realizan menos trabajo rutinario; se ocupan menos de los litigios comunes, tales como pleitos sobre contratos, sobre arrendamientos, reivindicaciones inmobiliarias, accidentes en que no hay acuerdo, disputas sobre el testamento del pariente difunto, etc. También aquí la prueba es insuficiente, pero hay quien sostiene que los tribunales no cumplen con su trabajo. La gente normal no obtiene justicia. Las empresas evitan también tener que acudir a los tribunales y prefieren el arbitraje.

Así pues, puede ser que los tribunales estén descuidando las «cuestiones que afectan a la calidad de la vida de cada día». La frase es de Laura Nader, del prefacio de un libro que busca «alternativas»; esto es, formas de resolver las disputas y reclamaciones fuera del sistema judicial, desde el «Better Business Bureau» hasta la oficina y las actividades de los miembros del Congreso[9]. El capítulo 2 de este libro también contempla, brevemente, la «justicia informal». Pasa revista a muchos temas que pueden mejorar la eficacia de la justicia haciéndola más asequible. En 1977, el Departamento de Justicia implantó, de forma experimental, tres Centros de Justicia en los barrios. Se emplazaron en Atlanta, Kansas City y Los Angeles y estaban pensados para ser una alternativa a los tribunales de reclamaciones[10]. Son cuestiones de las que habrá que seguir hablando en el futuro, así como de las nuevas soluciones posibles.

Puede que los tribunales no cumplan con su cometido en lo que se refiere a los pequeños contenciosos, pero en conjunto, juegan un papel importante en la sociedad. Se están introduciendo —o están siendo introducidos— cada vez más en los asuntos de la Administración. Al menos revisan y controlan la mayor parte de las actividades de la Administración. Las fronteras entre lo que tradicionalmente se ha venido considerando como materia idónea para los tribunales se

están erosionando. Muchas parcelas de la vida que en el pasado estaban fuera de los límites de los Tribunales ya no escapan a su control.

Constantemente vemos signos de esta evolución. Los periódicos traen los casos más extremos. Un hombre amenaza demandar a una mujer por haberle dejado plantado en una cita. Otro intenta demandar a sus padres por «negligencia». Dice que lo han educado muy mal y han hecho de él una ruina. Un graduado de Yale, descontento por algo, quiere que un Tribunal Federal haga desaparecer de los registros de Yale su título de licenciado[11]. Según el artículo de la revista citada más arriba, en Indiana, los padres de una niña de nueve años presentaron una demanda judicial porque a la pequeña no le había salido el regalo prometido del interior de una caja de galletas[12].

Normalmente los tribunales rechazan estos casos. Son rarezas, excentricidades; después de todo con algo hay que llenar los periódicos. Pero son ilustrativos de un tema más general: hoy en día casi todo puede terminar en los tribunales. Ninguna parcela de la vida es sagrada. Para los tribunales es ya una rutina el tener que decidir sobre las interioridades de industrias, hospitales, escuelas y prisiones; tener que sentenciar sobre cuestiones litigiosas absolutamente inimaginables hace cien años, por considerarse «privadas» y fuera del alcance del Derecho o dentro de las facultades discrecionales de los funcionarios públicos.

Los tribunales intervienen incluso en asuntos familiares. En un caso del año 1972, una muchacha de 14 años de Minnesota demandó a sus padres ante un Juez de Jóvenes. Los padres habíanse construido ellos mismos una embarcación y estaban a punto de zarpar con sus hijos para dar la vuelta al mundo. La muchacha, Lee Anne, quería quedarse en tierra, con sus amigas. Acudió a los tribunales y obtuvo una victoria parcial. El Juez de Jóvenes le permitió quedarse en tierra pero bajo la custodia de una tía suya[13].

Es sorprendente, quizás alarmante y deplorable. Se comprende muy bien que muchas personas muestren su disgusto con la sentencia del caso de Lee Anne por significar una ultrajante invasión de la esfera familiar. Pero sería un poco injusto acusar de ello al Juez. Al fin y al cabo no queda ya casi nada que escape a la esfera de la Administración. Y cuantas más cosas haga el Gobierno, más preciso será poder controlarlo. En muchos países los gobiernos son demasiado grandes, demasiado poderosos, demasiado omnipresentes. Los ciudadanos normales no tienen medio de obtener reparación, ni siquiera tienen oportunidad de exponer sus quejas. No existe un con-

trol jurisdiccional significativo en Rusia, Cuba o Chile para esas materias. La Justicia es impotente contra la voluntad del régimen.

En los Estados Unidos, los Tribunales, a pesar de sus defectos, proporcionan, al menos, a los ciudadanos, un medio realista para reparar las injusticias que comete el Gobierno y los centros privados del poder. Ello no quiere decir que no existan otros países, también democráticos, en los que los tribunales estén inactivos. Algunos quizás hayan encontrado otros medios para controlar al Estado. Pero los tribunales forman parte de *nuestro* sistema de control, adaptado a nuestras necesidades y tradiciones.

Puede que los tribunales ordinarios sean demasiado caros y formales para los casos corrientes y para los pleitos cotidianos. Pero están bien preparados para juzgar los grandes litigios, las demandas de grupos o de clases. Con respecto a los pequeños litigios, no cabe duda de que necesitamos ideas e instituciones nuevas; precisamos más conocimientos e investigación sobre la forma de componer discordias y sobre los procedimientos y la forma de acceder a los tribunales. Flotan ciertas ideas en el aire; algunas ya tienen prosélitos. Hemos visto ya algunos ejemplos. El cambio llegará indefectiblemente.

Una sociedad de extraños

Una sociedad como la nuestra es interdependiente en alto grado. En muchos aspectos estamos todos subidos al mismo tren. Imaginemos por ejemplo un caso extremo; una familia de pioneros del siglo XIX; una familia que, por ejemplo, viviera a muchas millas de distancia de su vecino más próximo; que hubiera construido su propia casa, cultivase los campos, se autoabasteciera de alimentos y tejiera su propia ropa. Los padres se ocuparían de enseñar a sus hijos y jugarían con ellos; harían las veces del médico, del dentista, de la enfermera, del barbero; lo harían todo y harían de todo.

Es un caso extremo y extraordinario, incluso en el pasado. Pero nos muestra cuan distinto es de nuestra verdadera forma de vivir. En 1980, los Estados Unidos están muy lejos del mundo de aquellos pioneros. Muy lejos también de la vida de la sociedad tribal, en donde la costumbre es ley y la vida transcurre en un pueblecito y en unas cuantas millas de bosque circundante. Una vida de pueblo que transcurre enteramente en un grupo llamado primario; una cultura cara a cara. Todos los hombres, mujeres y niños están emparentados por la sangre, el vínculo matrimonial o el clan a todas las personas

que significan algo para ellos. De modo parecido, en la isla de Tristán da Cunha, el grupo primario era el único existente. Sin embargo, en nuestra sociedad, si bien dependemos los unos de los otros tan profundamente como la gente que vive en una cultura tribal, la mayor parte de los eslabones de esa cadena no están formados por parientes ni amigos, sino por desconocidos.

Somos, en pocas palabras, una «nación de extraños; un país en donde el mayor número de abusos potenciales suceden entre personas que no se conocen las unas a las otras»[14]. Trabajamos para las grandes empresas. Compramos comida precocinada y ropa confeccionada. Cuando vamos por la calle hay gente extraña que nos protege, como los policías, o nos amenaza, como los delincuentes. Son extraños los que nos apagan el fuego; son extraños los que enseñan a nuestros hijos, construyen nuestras casas, invierten nuestro dinero. Extraños son los que nos dan las noticias que suceden en el mundo; ya sea en los periódicos, en la radio o en la T.V. Cuando viajamos en autobús, en tren o en avión, nuestras vidas están en manos de extraños o desconocidos. Si caemos enfermos y vamos al hospital son extraños los que nos abren el cuerpo, nos lavan, nos cuidan, nos matan o nos curan. Y cuando morimos, son manos extrañas las que nos entierran.

Todo esto es algo que aceptamos. Es algo a lo que nos hemos acostumbrado. El estar rodeados de extraños forma parte de nuestra vida. La frontera entre nuestra vida privada y la vida pública e impersonal es cada vez más borrosa. Personas desconocidas penetran incluso en lo más íntimo, dentro de la esfera privada de nuestra vida. No son inmunes a ello ni el amor, ni el matrimonio ni el sexo. Sociólogos, psiquiatras, consejeros matrimoniales; hay miles de «expertos» en esas materias; y se nos recomienda acudir a ellos para nuestros problemas personales. A veces, en casos extremos, se nos puede incluso obligar a acudir, cada vez más, a este mundo técnico, profesional y burocrático que se abre camino hacia nuestros últimos reductos de intimidad.

Ello no quiere decir que, en la sociedad norteamericana de los años ochenta, tengamos menos espacio para desarrollar nuestras individualidades ni menos posibilidades para poner en práctica nuestra forma de vivir. Todo lo contrario. Probablemente hay ahora más espacio para nuestra autonomía personal que nunca antes en la Historia. Hay, desde luego, mucha más autonomía personal que en las sociedades tribales e, incluso, que entre los pioneros, cuyas vidas estaban seriamente limitadas por las necesidades de su supervivencia. El

procurarse alimentos, protegerse del frío y mantenerse en vida demandaba casi todas sus energías. Hoy en día hay mucho más tiempo libre y más posibilidades para el hombre medio. Pero los límites entre lo que se considera privado y personal, y lo que ya no, no son los mismos que en el pasado.

Y el Derecho avanza, siguiendo a la sociedad y respondiendo a esos fenómenos sociales. No debe sorprendernos pues que en la década de los ochenta no exista ya ningún área lo bastante íntima, personal o privada que permanezca inmune al ojo penetrante de la Ley. ¿Y porqué? Si llamamos *costumbre* a las normas que regulan las relaciones en las sociedades cerradas, *Derecho* es la palabra para designar aquellas normas que regulan las relaciones entre extraños. Cuando las normas consuetudinarias fracasan, la sociedad se vuelve hacia el Derecho. Esta es la tesis central de este libro. Una pequeña comunidad, una tribu, una pequeña isla, puede pasar años y años sobre la base de unas normas compartidas, de unas premisas sobreentendidas, de unas reglas de conducta que la tradición ha sacralizado. Nuestra sociedad no puede hacerlo. Los norteamericanos tenemos muchas cosas en común, pero no las suficientes como para autogobernarnos de forma automática. El país es, sencillamente demasiado grande. Necesitamos (o creemos necesitar) sistemas estructurados y formales para el gobierno del país. Y esto significa Derecho.

No hay duda de que en un orden social así se gana y se pierde mucho. No es este el lugar de investigar a fondo cuales son esas pérdidas. Ciertos economistas sostienen que una economía dirigida es menos eficiente, desde todos los puntos de vista, que una economía libre, regida enteramente por la «mano invisible». Por otro lado, casi todos convienen en que para obtener una sociedad más justa y equitativa —o más sana y más segura— se requiere cierta dosis de control. Casi todos estamos de acuerdo en ciertas clases de control. *Debemos* tener policía. Muchos quieren más que esto; y un pequeño grupo, a la izquierda, cree en la necesidad de un control colectivo casi absoluto. Por donde colocar la línea divisoria es una cuestión de constante debate político y una de las causas de las mayores divisiones en las sociedades democráticas.

En un mundo complejo, libertad no significa necesariamente ausencia de control gubernamental. Parece una paradoja, pero el Ordenamiento jurídico es necesario para proteger la libertad. Cuando el aire que respiramos era limpio y fresco no era preciso hacer gran cosa para mantenerlo así. Los riachuelos corrían puros y claros; parecía que la naturaleza virgen, los árboles, el espacio libre, el petróleo,

el gas y el carbón no tendrían fin. Estos tiempos ya pasaron. El automóvil no sólo ha generado más libertad sino también más normas. Los tribunales han creado o desarrollado muchos derechos para contrarrestar la fuerza de una Administración potente y de unas empresas y sindicatos gigantescos. Hay y habrá siempre una fuerte tensión entre libertad y control. Pero no podemos escapar a esta interdependencia; la gente de este país está atada con nudos orgánicos y para siempre. La necesidad del Derecho es todavía enorme.

Es difícil predecir cual será el futuro papel de los tribunales en nuestra sociedad. Como siempre, el porvenir está en una nebulosa. La tarea concreta que actualmente hacen los tribunales puede cambiar. Nada está escrito de forma indeleble. Algunas de las actuales tendencias —el frecuente uso del control jurisdiccional, por ejemplo— continuarán probablemente, según todos los indicios, en los años a venir. Ciertamente, las necesidades más generales no desaparecerán. Y si no son los tribunales, otros organismos se harán cargo de sus funciones en un aspecto o en otro.

El Derecho es un producto de la sociedad. La sociedad no da muestras de querer volver a los tiempos antigüos ni de estar avanzando hacia un estado de utópica perfección en el que no sea preciso gobierno alguno. De ahí que podamos esperar que el proceso y el sistema jurídico continúen ocupando un lugar destacado en los Estados Unidos. Puede que el papel del Derecho aumente y puede que no, pero no se desvanecerá ni desaparecerá. Y el sistema jurídico seguirá moldeándose y dando vueltas para dar respuesta al cambio social. Puede que los tribunales sufran cambios (grandes o pequeños) en lo que están haciendo; los impuestos pueden subir o bajar; la Administración puede intervenir más en esta área o puede dar marcha atrás en aquélla otra, pero el Derecho, como un enorme mamut, con su imponente presencia en nuestras vidas, seguirá acompañándonos hasta donde nuestros ojos alcanzan a ver.

Documentos

En el presente libro hemos comentado muchas fuentes de Derecho y múltiples clases de normas. Esta breve colección de documentos ilustra alguna de esas fuentes, las de más importancia: constituciones, legislación, reglamentos administrativos y jurisprudencia.

En nuestro sistema jurídico, la Constitución federal es la suprema ley del país. Está por encima de todas las demás fuentes. Las leyes federales o estatales; las ordenanzas municipales o reglamentaciones administrativas que violen la Constitución federal son nulas. No hay que olvidar, desde luego, las Constituciones de los estados que, en materia estatal, tienen la última palabra.

Los documentos de la Parte I empiezan con unos extractos de la Constitución federal que están directamente relacionados con la materia tratada en este libro. El Derecho constitucional de los estados nos lo ilustra una parte de la Constitución de Oregón: el fragmento elegido trata del proceso legislativo iniciado por referendum; fuente de Derecho desconocida en la Constitución federal. Ese texto de Oregón muestra también algunas características típicas de las constituciones estatales que tampoco tienen equivalente en la Constitución federal, tales como la prohibición de las leyes «especiales» y «locales».

La legislación abarca una amplia gama de actividades; los documentos de la Parte II dan alguna idea de ello. La Ley Sherman, ley federal, de mucha historia y significado económico, tiene una forma muy general y concisa; establece unos pocos principios generales y deja totalmente al margen las cuestiones de interpretación y aplicación. El pequeño extracto de la Ley federal sobre alimentos, produc-

tos farmacéuticos y cosméticos, con su mezcla de principios generales y detalles muy meticulosos, muestra como suelen ser las leyes reglamentistas modernas. El Título VII de la Ley de Derechos Cívicos de 1964 es de un estilo parecido y muestra cuan profundamente el Derecho federal ha penetrado en algunas parcelas de la vida que eran consideradas inmunes a la regulación federal en las generaciones pasadas. También en la Parte II se incluyen dos ejemplos de legislación estatal. La Ley de Idaho es un ejemplo típico de indemnizaciones a los trabajadores. Estas indemnizaciones laborales substituyen al antiguo sistema de llevar los accidentes de trabajo por la vía contenciosa. Este nuevo sistema de Idaho y de otros estados es un texto legal muy elaborado, detallado y con una regulación meticulosa. La legislación sobre control de desratización y fumigación de edificios en California es un ejemplo de un tipo de normativa importante y común de los estados: las licencias profesionales.

La Parte III se refiere a la actuación administrativa. El punto principal es ver como los organismos administrativos llenan las lagunas de la ley con reglas y reglamentos. Los tres ejemplos que se dan se han sacado de las disposiciones de la Administración de Alimentos y Fármacos, de la Comisión para la igualdad de oportunidades en el empleo y de la oficina de California para el control de desratización y fumigación de edificios. Estos ejemplos están en relación con las leyes transcritas en la Parte II.

En nuestro sistema jurídico los tribunales, claro está, juegan un importante papel a la hora de interpretar el Derecho, lo que en la práctica significa, a menudo, crear Derecho. La Parte V contiene cuatro procesos y cada uno de ellos, a su manera, ilustra esa cuestión. En el caso *Brown c/ el Ministerio de Educación*, el famoso caso de la discriminación en las escuelas, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, en una sentencia que es quizás la más importante de todas, sentó una valiente doctrina. El caso *Brown* es también un ejemplo del control jurisdiccional sobre el legislativo; el Tribunal Supremo dejó sin efecto docenas de leyes estatales y de ordenanzas municipales que preveían escuelas segregadas, en base a que la Constitución federal prohibía tal segregación.

En el caso *Dothard c/ Rawlinson* el Tribunal Supremo tuvo que pronunciarse en un asunto de contenido algo distinto. El caso presentaba una dudosa cuestión de discriminación de sexos; desde el punto de vista formal, se trataba de interpretar la doctrina del Título VII de la Ley de Derechos Cívicos de 1964. En el caso *Louie c/ Bamboo Gardens* el Tribunal Supremo de Idaho tuvo que hacer algo

parecido con respecto a un principio general contenido en la Ley de Indemnizaciones Laborales de Idaho. Los hechos del caso hacían delicada la situación; era una cuestión que estaba al borde mismo de la política legislativa. Esta sentencia puede interpretarse como una especie de traspolación, de extensión del principio de responsabilidad civil más allá del texto de la ley. Finalmente, el caso *Marvin c/ Marvin*, el famoso caso californiano de la «palinodia», del que tratamos en el capítulo 14, muestra como los tribunales responden a las costumbres cambiantes y a los nuevos tiempos en parcelas en las que no les guía ni obliga ningún mandato constitucional ni legislativo.

PARTE I.

La experiencia constitucional

A. La Constitución de los Estados Unidos

B. La Constitución de Oregón

A. La Constitución de los Estados Unidos

Nosotros, el Pueblo de los Estados Unidos, con el propósito de formar una Unión más perfecta, establecer la Justicia, garantizar la Paz interior, atender a la Defensa común, fomentar el Bienestar general y asegurar los beneficios de la Libertad para nosotros y nuestra posteridad, promulgamos y establecemos esta Constitución para los Estados Unidos de América.

ARTICULO III

Sección 1. El Poder Judicial de los Estados Unidos se confiará a un Tribunal Supremo y a aquelos Tribunales inferiores que el Congreso creare o estableciere en lo sucesivo. Los Jueces, tanto del Tribunal Supremo como de los Tribunales inferiores, desempeñarán sus cargos mientras observen buena conducta, y recibirán periódicamente por sus servicios una compensación que no podrá ser objeto de reducción mientras permanezcan prestando servicio.

Sección 2. [1] El Poder Judicial se extendrá a todos los casos de Derecho y de Equidad que dimanen de esta Constitución, de las Leyes de los Estados Unidos así como de los Tratados celebrados o que se celebren bajo su autoridad; a todos los casos en que fueren parte embajadores, ministros públicos y cónsules; a todos los casos de almirantazgo y jurisdicción marítima; a todas las controversias en que los Estados Unidos fueren parte; a las controversias entre dos o más estados; entre un estado y ciudadanos de otro estado; entre ciudadanos de diferentes estados; entre ciudadanos del mismo estado que reclamaren tierras en virtud de concesiones hechas por diversos estados y entre un estado o sus ciudadanos, y estados, ciudadanos o súbditos extranjeros.

[2] El Tribunal Supremo conocerá en única instancia de todos aquellos casos que afectaren a embajadores, ministros públicos y cónsules y de aquellos en que un estado fuese parte. En todos los demás casos antes mencionados, el Tribunal Supremo será competente para las apelaciones, tanto por cuestiones de hecho como de Derecho, con las excepciones y bajo la reglamentación que el Congreso estableciere.

[3] Todo juicio por delito, excepto los delitos contra la seguridad del Estado, se

celebrará ante jurado y en el estado en donde se haya cometido; pero si se hubiese cometido fuera de la jurisdicción de los estados, el juicio se celebrará en el lugar o lugares que el Congreso decida por ley.

Sección 3. [1] Sólo se considerará delito de traición contra los Estados Unidos el tomar las armas contra ellos o unirse a sus enemigos dándoles ayuda y protección. Nadie podrá ser declarado convicto de traición a no ser por la declaración de dos testigos presenciales del hecho mismo o por confesión ante el Tribunal prestada en audiencia pública.

[2] El Congreso tiene potestad para señalar la pena correspondiente al delito de traición, pero si se castigase con la de interdicción civil, no se hará extensiva a los descendientes del reo, ni los efectos de la confiscación de bienes se extenderán más allá de su vida.

ARTICULO IV

Sección 1. En cada estado se dará entera fe y crédito a los actos públicos, documentos y procesos judiciales de los demás estados. El Congreso podrá prescribir mediante leyes generales la manera en que habrán de acreditarse tales actos, documentos y procesos, así como los efectos que deban surtir.

Sección 2. [1] Los ciudadanos de cada estado disfrutarán en los demás estados de todos los derechos y privilegios de que gocen sus propios ciudadanos.

[2] Toda persona acusada de traición, delito grave o cualquier otro hecho delictivo que huyese del estado en donde se le acusó y fuese hallada en otro estado, será devuleta, a petición de su autoridad ejecutiva, al estado que tenga jurisdicción sobre élla.

[3] La persona que, estando obligada a servir o a trabajar en un estado, según las leyes allí vigentes, escapase a otro estado, no quedará libre de prestar dicho servicio o trabajo, amparándose en leyes o reglamentos del estado al cual se acogiese, sino que será entregada a petición de la parte que tuviese derecho al susodicho servicio o trabajo.

Sección 3. [1] El Congreso podrá admitir nuevos estados a esta Unión; pero no se formará ni erigirá ningún estado nuevo en el territorio de otro estado; ni se formará ningún estado por la unión de dos o más estados o partes de estado sin el consentimiento tanto de las legislaturas de los estados afectados como del Congreso.

[2] El Congreso podrá disponer del territorio y de las propiedades que pertenezcan a los Estados Unidos y, a este fin, podrá promulgar todas las leyes y reglamentos necesarios. No se interpretará disposición alguna de esta Constitución en forma que pudiese perjudicar los derechos de los Estados Unidos o de algún estado en particular.

Sección 4. Los Estados Unidos garantizarán a todos los estados de la Unión la forma republicana de gobierno, les protegerán de cualquier invasión y, si lo solicitase la Legislatura o el Ejecutivo (cuando no pudiera convocarse la Legislatura), les protegerán también de toda violencia interna.

ARTICULO V

El Congreso, siempre que las dos terceras partes de ambas Cámaras lo juzguen necesario podrá proponer enmiendas a la Constitución; también a petición de las Legislaturas de las dos terceras partes de los estados convocará una Convención para proponer enmiendas, las cuales, en cualquiera de los dos casos, serán válidas, a todos los fines y propósitos, como parte de esta Constitución, cuando sean ratificadas por las Legislaturas de las tres cuartas partes de todos los estados o por convenciones celebradas en las tres cuartas partes de los mismos —pues el Congreso podrá proponer uno u otro modo de ratificación— y ello siempre que las enmiendas que se hagan antes del año mil ochocientos ocho no afecten en modo alguno las cláusulas primera y cuarta de la novena sección del artículo primero, y de que ningún estado, sin su propio consentimiento, sea privado de su derecho a un sufragio igual en el Senado.

ARTICULO VI

[1] Todas las deudas y compromisos contraidos antes de la adopción de esta Constitución serán, bajo su imperio, tan válidos frente a los Estados Unidos como lo eran bajo la Confederación.

[2] La presente Constitución, las leyes de los Estados Unidos que en virtud de ella se promulgaren, y todos los Tratados hechos o que se hicieren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema Ley del país. Los Jueces de cada estado estarán obligados a observarla, aún cuando hubiese alguna disposición contraria en su Constitución o en sus Códigos.

[3] Los Senadores y los Representantes ya mencionados, los miembros de las Legislaturas de los estados, así como todos los funcionarios ejecutivos y judiciales, tanto de los Estados Unidos como de los diversos estados, prestarán juramento o promesa de guardar esta Constitución; y nunca se exigirá profesión de fe religiosa para desempeñar cargos o empleos públicos en los Estados Unidos.

ARTICULO VII

Para la promulgación de esta Constitución por los estados que la hayan ratificado, será suficiente la ratificación de la misma, en Convención, por nueve estados.

Hecha en Convención, con el consentimiento unánime de los estados presentes, el día diecisiete de septiembre del año de Nuestro Señor de mil setecientos ochenta y siete, duodécimo de la Independencia de los Estados Unidos de América.

ARTICULOS ADICIONALES Y ENMIENDAS A LA CONSTITUCION DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA, PROPUESTOS POR EL CONGRESO Y RATIFICADOS POR LAS LEGISLATURAS DE VARIOS ESTADOS EN APLICACION DEL ARTICULO QUINTO DE LA CONSTITUCION ORIGINAL.

ENMIENDA I [1791]

El Congreso no podrá aprobar ley alguna conducente al establecimiento de una religión determinada o a la prohibición del libre ejercicio de alguna de ellas. Tampoco promulgará ley alguna que coarte la libertad de palabra, de prensa, o el derecho del pueblo a reunirse pacíficamente y a solicitar la reparación de cualquier agravio.

ENMIENDA II [1791]

Siendo necesaria a la seguridad de un Estado libre una milicia bien disciplinada, no se restringirá el derecho de los ciudadanos a tener y portar armas.

ENMIENDA III [1791]

En tiempo de paz no se podrán alojar tropas en casas particulares sin el consentimiento de sus dueños; tampoco podrá hacerse en tiempo de guerra excepto en la forma que la ley prescriba.

ENMIENDA IV [1791]

El derecho de los ciudadanos a la seguridad de sus personas, hogares, documentos y efectos no podrá ser violado con registros y decomisos arbitrarios, ni podrá expedirse mandamiento alguno salvo mediante juramento o promesa de existir justa causa

para ello y, en tal caso, previa designación y descripción de los lugares en donde deba practicarse el registro y de las personas o cosas que hayan de ser aprehendidas.

ENMIENDA V [1791]

Nadie será retenido para responder de un delito capital o infamante sino en virtud de acusación o procesamiento del Gran Jurado, excepto por hechos ocurridos en las fuerzas de mar y tierra, o en la milicia, cuando el autor estuviese prestando servicio en tiempo de guerra o de peligro público; asimismo, nadie será perseguido dos veces por un mismo delito cuya sentencia pueda afectar a su vida o integridad; tampoco será obligado a declarar contra sí mismo en causa criminal; ni será privado de su vida, de su libertad o de sus bienes sin un debido proceso legal; ni podrá expropiarse la propiedad privada para fines públicos sin una justa compensación.

ENMIENDA VI [1791]

En toda causa criminal, el acusado tendrá derecho a un juicio rápido y público por un Jurado imparcial del estado y distrito en donde se hubiese cometido el delito —distrito que será el predeterminado por la Ley— y a ser informado de la naturaleza y causa de la acusación. Tendrá derecho a un careo con los testigos que declaren en contra suya; a que se obligue a declarar a los que cite a su favor y a la defensa de un abogado.

ENMIENDA VII [1791]

En los procesos de «common law», cuando el valor litigioso sobrepase veinte dólares, las partes tendrán derecho a un juicio ante jurado y los hechos enjuiciados por éste no volverán a ser vistos por ningún otro Tribunal de los Estados Unidos más que de acuerdo con las prescripciones del «common law».

ENMIENDA VIII [1791]

No se exigirán fianzas excesivas; no se impondrán multas excesivas, ni se aplicarán penas crueles e inusitadas.

ENMIENDA IX [1791]

La enumeración de determinados derechos que se hace en esta Constitución no deberá interpretarse como denegación o menoscabo de los demás derechos que detenta el pueblo.

ENMIENDA X [1791]

Los poderes que esta Constitución no delega a los Estados Unidos ni prohibe a los estados, quedan reservados a los diversos estados o al pueblo.

ENMIENDA XI [1798]

El poder judicial de los Estados Unidos no debe considerarse extensivo a litigios de Derecho o equidad, iniciados o proseguidos contra uno de los Estados Unidos por ciudadanos de otro estado o por ciudadanos o súbditos de cualquier Estado extranjero.

ENMIENDA XIII [1865]

Sección 1. Ni la esclavitud ni el trabajo forzado —salvo que éste fuere impuesto como castigo por un delito del cual el reo hubiere sido legalmente convicto— podrán existir en los Estados Unidos o en cualquier otro lugar bajo su jurisdicción.

Sección 2. El Congreso queda facultado para hacer cumplir este artículo dictando las leyes que sean precisas a este fin.

ENMIENDA XIV [1868]

Sección 1. Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sujetas a su jurisdicción son ciudadanos de los Estados Unidos y del estado en donde residan. Ningún estado podrá dictar o aplicar ley alguna que menoscabe los derechos e inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; tampoco ningún estado podrá privar a nadie de su vida, libertad o bienes sin un debido proceso en Derecho, ni podrá negar a persona alguna bajo su jurisdicción la igual protección de las leyes.

Sección 5. El Congreso queda facultado para hacer cumplir las disposiciones de este artículo dictando las leyes que sean precisas a este fin.

ENMIENDA XV [1870]

Sección 1. Ni los Estados Unidos ni ningún estado podrán denegar o limitar a los ciudadanos de los Estados Unidos el derecho al sufragio por motivos de raza, color o su anterior condición de esclavitud.

Sección 2. El Congreso queda facultado para hacer cumplir lo dispuesto en este artículo dictando las leyes que sean precisas.

Sección 3. Este artículo no entrará en vigor a menos que sea ratificado como enmienda a la Constitución por las Legislaturas de los diversos estados, dentro de los siete años siguientes a la fecha en que el Congreso lo someta a la consideración de los estados.

ENMIENDA XIX [1920]

[1] Ni los Estados Unidos ni ningún estado podrá negar o limitar, por motivos de sexo, el derecho al sufragio a los ciudadanos de los Estados Unidos.

[2] El Congreso queda facultado para hacer cumplir lo dispuesto en este artículo dictando las leyes que sean precisas a este fin.

ENMIENDA XXI [1933]

Sección 1. Por la presente queda derogada la enmienda decimo octava de la Constitución de los Estados Unidos.

Sección 2. Queda prohibido por la presente el transporte o importación de bebidas alcohólicas a cualquier estado, territorio o posesión de los Estados Unidos para su uso o distribución, cuando represente violación de las leyes allí en vigor.

Sección 3. No surtirá efecto el presente artículo si no se ratifica como enmienda a la Constitución por las convenciones de los diversos estados, según dispone la Constitución, dentro de los siete años siguientes a partir de la fecha en que el Congreso lo someta a la consideración de los estados.

ENMIENDA XXIV [1964]

Sección 1. El derecho de sufragio de los ciudadanos de los Estados Unidos en las elecciones primarias u otras a Presidente o Vicepresidente, a compromisarios de Presidente o Vicepresidente o a Senador o Representante en el Congreso, no será negado ni limitado por los Estados Unidos ni por alguno de los estados por causa de la falta de pago de cualquier impuesto electoral o de otra índole.

Sección 2. El Congreso queda facultado para hacer cumplir lo dispuesto en este artículo dictando las leyes precisas a este fin.

ENMIENDA XXVI [1971]

Sección 1. El derecho de sufragio que tienen los ciudadanos de los Estados Unidos de dieciocho años de edad o mayores no podrá ser negado ni limitado por los Estados Unidos ni por ningún estado por razones de edad.

Sección 2. El Congreso queda facultado para hacer cumplir lo dispuesto en este artículo dictando las leyes precisas a este fin.

B. Constitución del Estado de Oregón

ARTICULO IV: EL PODER LEGISLATIVO

Sección 1. El poder legislativo: iniciativa y referendum. (1) ;Con la excepción de la facultad de iniciativa y de convocatoria de referendum, que quedan reservados al pueblo, el poder legislativo del estado reside en una Asamblea Legislativa que se compone de un Senado y una Cámara de Representantes.

(2) (a) Los ciudadanos se reservan la facultad de iniciativa, que consiste en proponer leyes y enmiendas a la Constitución y aprobarlas o rechazarlas mediante una votación independiente de la Asamblea Legislativa.

(b) La iniciativa legislativa debe proponerse mediante una solicitud firmada por un número de electores igual al seis por ciento del número total de votos obtenidos por todos los candidatos a Gobernador en el último escrutinio en que se hubiere elegido Gobernador por el plazo de cuatro años inmediatamente anteriores a la presentación de la solicitud.

(c) La iniciativa de enmienda a la Constitución debe proponerse mediante una solicitud firmada por un número de electores igual al ocho por ciento del número total de votos obtenidos por todos los candidatos a Gobernador en el último escrutinio en que se hubiera elegido Gobernador por el plazo de cuatro años inmediatamente anteriores a la presentación de la solicitud.

(d) En la solicitud de iniciativa se debe acompañar el texto completo de la ley o enmienda constitucional propuesta. Estas sólo pueden contemplar una materia concreta y las directamente relacionadas con la misma.

(e) La solicitud de iniciativa debe presentarse al menos con una antelación de cuatro meses a las elecciones en las que la ley o la enmienda propuesta deba ser votada.

(3) (a) El pueblo se reserva el derecho de referendum, que es el de aprobar o rechazar en la votación correspondiente cualquier Ley o parte de ella dictada por la Asamblea Legislativa y que no entrará en vigor antes de 90 días a contar desde el final de la sesión en la que dicha Ley sea aprobada.

(b) El referendum sobre una Ley o parte de ella puede convocarse mediante solicitud firmada por un número de electores igual al cuatro por ciento del número total de votos obtenidos por todos los candidatos a Gobernador en el último escrutinio en que se hubiere elegido Gobernador por el plazo de cuatro años inmediatamente anteriores a la presentación de la solicitud. La solicitud de referendum debe presentarse no más tarde de 90 días a partir del final de la sesión en la que la ley se hubiere aprobado.

(c) La Asamblea Legislativa puede, mediante Ley, convocar un referendum sobre otra ley. No obstante lo dispuesto en la sección 15B, Artículo V de esta Constitución, los proyectos de ley convocando un referendum o aquéllos en los que ya se haya convocado no son susceptibles de veto por parte del Gobernador.

(5) La facultad de iniciativa legislativa y de referendum atribuidas al pueblo en las subsecciones (2) y (3) de esta sección quedan, de ahora en adelante, atribuidas a los electores de todos los municipios y distritos para toda disposición legal, municipal y especial, de la clase que sea, que dicten los municipios y los distritos. Se dictarán leyes generales para desarrollar el ejercicio de esas facultades, si bien los municipios pueden regular la forma de ejercicio de las mismas en lo que respecta a la legislación municipal. Para ejercer la iniciativa legislativa en las ciudades no podrá exigirse un número superior al 15 por ciento de los electores; tampoco podrá exigirse más del 10 por ciento de electores para convocar un referendum sobre alguna disposición legal.

Sección 18. Presentación de los proyectos de Ley. Los proyectos de Ley pueden presentarse en cualquiera de las dos Cámaras y pueden ser enmendados o rechazados por la otra, excepto los proyectos para incrementar la renta, que deben presentarse en la Cámara de Representantes.

Sección 20. Título y contenido de las leyes. Las leyes sólo pueden contemplar una materia determinada, y las que directamente estén relacionadas con aquélla, la cual debe expresarse en el título. Si alguna ley trata de alguna materia no expresada en el título, será nula y sin efecto en la parte que regule tal materia.

Sección 21. Las leyes deben estar redactadas con sencillez. Las leyes y las resoluciones deberán redactarse con sencillez, evitando hasta donde sea posible el uso de términos técnicos.

Sección 23. Materias prohibidas a la legislación local y especial. La Asamblea Legislativa no podrá dictar leyes especiales o locales sobre las materias siguientes:

Jurisdicción y competencias de Jueces de paz y agentes judiciales.

Penas por delitos y faltas.

Procedimientos judiciales.

Competencia en casos civiles y penales.

Concesión de divorcios.

Cambio de nombres y apellidos.

Trazado, apertura, construcción de carreteras y contratación de guardias. Cesión de competencias sobre carreteras, calles, avenidas o plazas de las ciudades.

Convocatoria y confección de las listas de grandes y pequeños jurados.

Creación y recaudación de impuestos para el estado, para un condado o distrito, o para la construcción de carreteras.

Concesión de ayudas para las escuelas públicas y para la conservación del patrimonio de las escuelas.

En materias sobre el interés del dinero.

Convocatoria y celebración de elecciones a cargos para el condado o distrito y designación de los distritos electorales.

Autorización de venta de inmuebles propiedad de menores o incapacitados por ejecutores, administradores, tutores o fideicomisarios.

PARTE II.

Legislación Federal y Estatal

A. Ley Sherman antimonopolios (1890)

B. Ley sobre alimentos, fármacos y cosméticos

C. Ley sobre derechos cívicos de 1964, Título VII

D. Ley sobre indemnizaciones laborales (Idaho)

E. Ley de la oficina de control de fumigaciones y desratización de edificios (California)

A. La Ley Sherman antimonopolios (1890)

«U.S. Statutes at Large», volumen 26, p. 209.

CAP. 647.—Ley para proteger el comercio contra prácticas restrictivas ilícitas y monopolios.

Así lo disponen el Senado y la Cámara de Representantes de los Estados Unidos de América reunidos en Congreso:

SEC. 1. Por la presente se prohibe todo contrato, acuerdo fiduciario o de cualquier otra clase así como toda conspiración que tienda a restringir el tráfico o comercio entre los diversos estados o con estados extranjeros. Las personas que suscriban tales contratos o se comprometan en convenios o conspiraciones de esta clase serán juzgados como autores de una falta y, de resultar culpables, condenados a una multa no superior a cinco mil dólares o a la pena de prisión de hasta un año o a ambas a la vez, a criterio del Tribunal.

SEC. 2. Todo el que monopolice, intente monopolizar o entre en asociación o conspiración con otra persona o personas para monopolizar algún sector del tráfico o comercio con los diversos estados o con estados extranjeros, será juzgado como autor de una falta y, de ser hallado culpable, condenado a una multa no superior a cinco mil dólares o a la pena de prisión de hasta un año, o a ambas a la vez, a criterio del Tribunal.

SEC. 3. Por la presente se prohibe todo contrato, acuerdo fiduciario o de cualquier otra clase, así como toda conspiración tendente a restringir el tráfico o comercio en los territorios de los Estados Unidos o en los del Distrito de Columbia; o para restringir el tráfico o comercio entre dichos territorios; o entre los territorios y un estado o estados o el Distrito de Columbia; o con naciones extranjeras; o entre el Distrito de Columbia y un estado o estados o nación extranjera. Las personas que suscriban tales contratos o se comprometan en un convenio o confabulación de esta clase, serán juzgados como autores de una falta, y de ser halladas culpables, condenados a una multa no superior a cinco mil dólares o a la pena de prisión de hasta un año, o a ambas a la vez, a criterio del Tribunal.

SEC. 4. Todos los Jueces de circuito de los Estados Unidos quedan, por la presente, investidos de la jurisdicción necesaria para prevenir y castigar las infracciones a esta ley; y es deber de todos los Fiscales de Distrito de los Estados Unidos el iniciar procesos de equidad para prevenir y castigar tales infracciones en sus respectivos distritos y bajo la dirección del Fiscal General. Tales actuaciones pueden iniciarse por querella, exponiendo los hechos del caso y suplicando que se prohiba o se ponga fin a tales infracciones. Una vez notificada la querella a los querellados, el Tribunal procederá, lo antes posible, a la vista y resolución del caso pero, pendiente la causa y antes de dictar sentencia, el Tribunal podrá decretar, en cualquier momento, las medidas cautelares o prohibiciones temporales que estime más justas, habida cuenta los antecedentes de hecho.

SEC. 5. Cuando el Tribunal que esté conociendo de alguno de los procedimientos señalados en la sección 4 de esta ley estime que los fines de la Justicia requieren que se traigan a juicio otras personas, podrá mandar emplazarlas aunque no residan en el distrito en que el Tribunal ejerza su jurisdicción y a ese fin, notificarles las cédulas de emplazamiento por el Agente Judicial, cualquiera que sea el distrito en donde se hallaren.

SECC. 6. Los bienes que se obtengan mediante contrato o acuerdo derivado o producido por alguna clase de connivencia de las previstas en la sección 1 de esta ley y que sean objeto de transporte de un estado a otro o a un estado extranjero, serán decomisados por los Estados Unidos y podrán ser embargados y confiscados mediante el procedimiento legal oportuno señalado para los embargos, decomisos y expropiaciones de bienes importados ilegalmente a los Estados Unidos.

SECC. 7. Toda persona que resulte perjudicada en su empresa o bienes por otra persona o sociedad por razón de alguno de los hechos declarados prohibidos o ilegales por esta ley, podrá entablar la correspondiente demanda ante el Juez de circuito de los Estados Unidos del distrito en donde el demandado resida o se halle y, sin ceñirse a los perjuicios sufridos, podrá reclamar hasta el triple del importe de los mismos y las costas, incluidos los correspondientes honorarios de su abogado.

SECC. 8. Las palabras «persona» o «personas» usadas en esta ley comprenden a las sociedades y personas jurídicas existentes o autorizadas legalmente, ya sea en los Estados Unidos o en algún territorio, estado o país extranjero.

Aprobada el día 2 de julio de 1890.

B. Ley sobre Alimentos, Fármacos y Cosméticos

(21 U.S.C.A., Sección 350)

Fármacos y productos que contienen indicaciones falsas

Se reputará que se ha cometido falsedad en un producto o fármaco:

(a) Cuando su etiquetaje no corresponda a la realidad o pueda inducir a engaño sobre algún extremo.

(b) Cuando en su envase no lleve una etiqueta en que conste (1) el nombe y domicilio de la empresa fabricante, envasadora o distribuidora y (2) una relación exacta de su contenido, cantidad, peso y superficie en cifras numéricas. Ello no obstante, en el supuesto (2) de esta subsección, el Ministro (de Sanidad y Servicios)

podrá permitir, cuando así proceda, mediante los correspondientes reglamentos, determinadas modificaciones y excepciones para los pequeños envases.

(c) Cuando alguna de las palabras o términos, o la información exigida en el presente capítulo, no aparezca en la etiqueta en forma destacada y prominente (en relación con los demás textos, palabras, dibujos o emblemas del etiquetaje) de forma que no induzca a su lectura y comprensión por el público en las condiciones normales de venta y utilización del producto.

(d) Cuando estando destinado al consumo humano, contenga alguna cantidad de las substancias estupefacientes o hipnóticas siguientes: alfaeucaina, ácido barbitúrico, betaeucaina, bromal, cannabis, carbromal, cloral, coca, cocaína, codeína, heroína, marihuana, morfina, opio, paraldeido, peyote o sulfometano o cualquier derivado químico de alguna substancia que, previas las correspondientes investigaciones, haya sido declarada por el Ministerio o los reglamentos correspondientes, susceptible de crear hábito, salvo que en la etiqueta se haga constar el nombre de esa substancia y a continuación «Atención: puede crear hábito».

. . .

(f) Cuando la etiqueta no contenga (1) las instrucciones para su uso y (2) las advertencias adecuadas contra su uso en determinadas condiciones patológicas; o cuando de aplicarse a los niños, su uso pueda ser peligroso para la salud; o no advierta contra dosis inadecuadas, métodos, duración de administración o aplicación de la forma y modo precisos para la necesaria protección de la salud pública. Ello no obstante, si alguno de los requisitos exigidos en (1) esta subsección en cuestión de fármacos y productos no es considerado necesario para la protección de la salud pública, el Ministerio dictará las disposiciones oportunas autorizando la dispensa de tales requisitos a los fármacos o productos en cuestión.

. . .

(i) (1) Si se trata de un fármaco, cuando su envase aparezca confeccionado, constituido o rellenado de forma que pueda inducir a error (2) o cuando se trate de una imitación de otro fármaco o (3) cuando salga a la venta con el nombre de otro fármaco.

(j) Cuando, usado según la dosis, forma, frecuencia o duración prescritas, recomendadas o sugeridas en el etiquetaje pudiera resultar peligroso para la salud.

C. Ley de Derechos Cívicos de 1964, Título VII, (modificado)

42 U.S.C., Sección 2.000e-2

(a)Se reputará práctica laboral ilícita por parte del empresario:

(1) el rehusar contratar, o rescindir el contrato o discriminar de alguna manera a cualquier persona en su salario, forma de pago, condiciones o prerrogativas de trabajo debido a motivos de raza, color, religión, sexo o nacionalidad.

(2) limitar, segregar o cualificar a los trabajadores o demandantes de empleo de cualquier forma que pueda o tienda a privarles de las oportunidades de trabajo o que de otra forma pueda perjudicar a su status laboral, por motivos de raza, color, religión, sexo o nacionalidad.

(b) Se reputará práctica laboral ilícita por parte de una agencia de colocaciones el rehusar proponer un trabajo o discriminar de alguna forma a cualquier persona por motivos de raza, color, religión, sexo o nacionalidad o el rehusar cualificar o proponer para obtener trabajo por motivos de raza, color, religión, sexo o nacionalidad.

(c) Se reputará práctica laboral ilícita por parte de una organización sindical.

(1) el excluir, expulsar o discriminar de cualquier forma a alguno de sus miembros por motivos de raza, color, religión, sexo o nacionalidad.

(2) el limitar, segregar o cualificar a sus miembros o a los que soliciten serlo; o cualificar o rehusar proponer para un trabajo a alguna persona de manera que le prive o pueda privarle de sus oportunidades de empleo o las limite o de cualquier otra forma perjudique a su status laboral como trabajador o solicitante de empleo a causa de su raza, color, religión, sexo o nacionalidad.

(3) el inducir o tratar de inducir a un empresario a discriminar a alguna persona en contra de lo prevenido en esta sección.

(d) Se reputará práctica laboral ilícita por parte de empresarios, organizaciones sindicales o comités de control de aprendizaje o formación profesional, inclusive en los programas de formación laboral, el discriminar a alguna persona por motivos de raza, color, sexo o nacionalidad en materia de admisión o empleo en alguno de los programas previstos para aprendices o formación profesional.

(e) Sin perjuicio de lo dispuesto en este título, (1) no se reputará práctica laboral ilícita por parte de un empresario el contratar y emplear a trabajadores por motivos de religión, sexo o nacionalidad en aquellos casos en que la religión, el sexo o la nacionalidad sean una condición razonablemente necesaria para el normal funcionamiento de una actividad o de una empresa determinada, según las reglas de la buena fe; como tampoco lo será en los mismos casos y por los mismos motivos, por parte de las agencias de colocación el cualificar o proponer trabajo a alguna persona; o por parte de alguna organización, el cualificar a sus miembros o calificar para el trabajo o proponerlo a alguna persona; o por parte de un empresario, organización sindical o comité de control de aprendizaje o de programas de formación profesional, el admitir o dar empleo a alguna persona en dichos programas; y (2) tampoco se reputará práctica laboral ilícita por parte de escuelas, colegios, universidades y demás instituciones docentes y educacionales el contratar o emplear a personal de una religión determinada si tales escuelas, colegios, universidades o centros docentes y de enseñanza pertenecen, total o mayoritariamente, o están subvencionados, controlados o regidos por una comunidad religiosa determinada o compañía asociación o sociedad religiosa o siempre que el plan de estudios de dichas escuelas, colegios, universidades y demás centros docentes de educación se encamine a la propagación de una determinada fe religiosa.

. . .

(h) Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente título, no se reputará práctica laboral ilícita por parte de las empresas el aplicar distintas formas de retribución o de pago o condiciones y prerrogativas laborales basadas en un sistema de antigüedad o merecimientos, según las reglas de la buena fe; o de un sistema que mida el rendimiento según la cantidad o calidad de la producción, o el hecho de trabajar en localidades distintas, siempre y cuando tales diferencias no sean producto de un propósito discriminatorio por motivos de raza, color, religión, sexo o nacionalidad; tampoco

se reputará práctica laboral ilícita por parte de las empresas el retribuir y el actuar según los resultados de los tests de capacidad profesional, siempre que dichos tests y su aplicación o efecto según sus resultados no sean hechos con propósitos o intenciones discriminatorias por motivos de raza, color, religión, sexo o nacionalidad.

(i) Las disposiciones de este Título no se aplicarán en absoluto a empresas o trabajos que se hallen en el interior o en los alrededores de alguna reserva india ni respecto a anuncios públicos de cualquier trabajo, empleo o empresa que den trato preferente a alguna persona de raza india que pueda vivir en la reserva o cerca de ella.

(j) Lo dispuesto en este Título no deberá interpretarse como una exigencia a empresas, agencias de colocación, organizaciones sindicales, o comités laborales objeto del mismo a otorgar un trato preferente a alguna persona o grupo por razones de raza, color, religión, sexo o nacionalidad en base al desequilibrio que pueda existir a causa del porcentaje o cifra total de personas de cualquier raza, color, religión, sexo o nacionalidad contratadas por empresas, propuestas o cualificadas para el trabajo por las agencias de colocación, admitidas o cualificadas para formar parte de organizaciones sindicales, o admitidas o empleadas en programas de aprendizaje o formación profesional, en comparación con la cifra total o el porcentaje de personas de la misma raza, color, religión sexo o nacionalidad existentes en cualquier comunidad, estado, sección u otra circunscripción cualquiera o con la mano de obra disponible en alguna comunidad, estado, sección u otra circunscripción cualquiera.

D. Ley de Indemnizaciones Laborales (Ohio)

Idaho Code, Título 72

72-102. Definiciones.—Los términos y palabras utilizados en esta Ley de Indemnizaciones Laborales vienen definidos en las siguientes subsección, excepto cuando el propio contexto disponga su definición de otra manera.

. . .

(14) «Lesión» y «accidente».

(a) Por «lesión» se entiende un daño físico producido por un accidente a causa y en el curso de algún trbajo cubierto por esta Ley de Indemnizaciones Laborales.

(b) Por «acccidente» se entiende un suceso inesperado, involuntario e imprevisto o un evento infortunado, relacionado con la actividad laboral realizada en el lugar en donde ocurre y del que pueda razonablemente determinarse el tiempo y el lugar en que ha ocurrido y siempre y cuando se hayan producido lesiones.

(c) «Lesión» y «lesión corporal» deben ser interpretadas en el sentido de comprender solamente las lesiones causadas en accidente que sean resultado de una violencia producida en la estructura física corporal. Estas palabras no deben interpretarse en ningún caso en el sentido de incluir la enfermedad profesional, sino sólo las enfermedades no profesionales, resultado directo de la lesión sufrida.

(15) «Prestaciones médicas y similares» son las cantidades destinadas a los servicios médicos, hospitalarios o funerarios establecidos en esta ley, al margen de otras prestaciones económicas.

(16) «Servicios médicos» son los cuidados médicos, quirúrgicos, dentales y demás

tratamientos; los servicios hospitalarios y de enfermería; los medicamentos, aparatos, accesorios, prótesis, equipos y materiales.

(17) «Enfermedades profesionales».

(a) «Enfermedad profesional» es la causada por la índole del trabajo que realmente implique tal riesgo o sea típica y peculiar de una determinada industria, actividad, proceso o trabajo.

(b) «Contraida» y «producida», cuando se refieran a una enfermedad profesional, deben considerarse equivalentes a la expresión «producida por o en el curso» del trabajo.

. . .

72-208. Lesiones no cubiertas.—Lesiones voluntarias.—Embriaguez.—(1) No se otorgará indemnización alguna si el trabajador, voluntariamente, se lesiona a sí mismo o lesiona a otra persona.

(2) Cuando las lesiones sean el resultado directo de la embriaguez del trabajador, todas las prestaciones económicas se reduciarán al 50%, excepto cuando las bebidas alcohólicas causantes de la embriaguez del trabajador hayan sido proporcionadas por el empresario o éste hubiese permitido que el trabajador continuase trabajando conociendo personalmente o a través del jefe de personal el estado en que se hallaba.

72-209. Exclusividad de la responsabilidad del empresario.—La responsabilidad del empresario por los hechos contemplados en la presente Ley es exclusiva y excluyente de cualquier otra responsabilidad del empresario hacia el trabajador, su esposa, dependientes, legales representantes o sucesores.

. . .

(3) La exención de responsabilidad del empresario que se declara en la presente sección, se extenderá también a los avalistas del empresario y a todos los empleados, agentes, sirvientes y trabajadores del empresario o de sus avalistas, si bien tal exención de responsabilidad no se aplicará en los casos en que la muerte o las lesiones sean el resultado directo de una agresión física voluntaria y no provocada del empresario o de sus empleados, agentes, sirvientes o trabajadores; exención que sólo perderá el agresor, pero no el empresario, siempre y cuando la agresión no haya sido provocada o autorizada por el empresario y no haya tomado parte en ella.

. . .

72-211. Exclusividad de las prestaciones otorgadas a los trabajadores.—... Los derechos y prestaciones que por la presente se otorgan a los trabajadores por causa de lesiones o enfermedad profesional y que generan el derecho a una indemnización, excluyen cualesquiera otros derechos y prestaciones al trabajador o a sus representantes legales, dependientes o familiares por las indicadas causas de lesión o enfermedad y tanto por el «common law» como por cualesquiera otras disposiciones.

72-212. Exenciones a la cobertura.—Las disposiciones de la presente Ley no regirán para las actividades que a continuación se relacionan, excepto si se opta por su cobertura (por el empresario y por escrito)...

(1) Servicio doméstico.
(2) Trabajos esporádicos.
(3) Trabajos a domicilio.
(4) El trabajo de los miembros de la familia del empresario que convivan con él.
(5) Las actividades que el empresario realice con fines no lucrativos.

(6) Los trabajos del titular de una sola propiedad; los de los socios industriales de las sociedades; los de los empleados de sociedades que durante todo el período en que duren tales trabajos posean no menos del diez por ciento (10%) del total de las acciones con derecho a voto de dicha sociedad y, ocupen el cargo de director cuando la sociedad haya previsto tal cargo.

. . .

(8) Los trabajos agrícolas. Por trabajos agrícolas se entiende, según la presente ley, el cultivo y la recolecccción de todo producto agrícola u hortofructícola, incluida la preparación y el aprovechamiento de pieles y lanas, el engorde, los cuidados y la explotación de ganado, abejas, aves de corral y animales salvajes criados en cautiverio, ya en terrenos cerdados ya en terrenos públicos y en libertad. Se incluye dentro de los trabajos agrícolas la carga y transporte, en vehículo de motor, de cualquier producto agrícola u hortofructícola para su almacenamiento, transformación, distribución o manufacturación y la descarga de dichos productos siempre que dicha carga, descarga y transporte se haga por personas, sociedades, compañías u otras entidades y se refiera a los productos que ellas mismas cultiven, produzcan o recolecten. El viaje de vuelta de la manufacturación, transformación, almacenamiento o distribución estará también exento si se hace al punto de partida y por el camino más directo y más seguro posible y si la mercancía transportada en él se destina exclusivamente al uso de tales personas, sociedades, corporaciones o entidades y sólo para fines directamente relacionados con los trabajos agrícolas.

(9) Pilotos de aviones de fumigación o pulverización agrícolas. El trabajo de los pilotos de avión utilizado para esparcir fertilizantes y pesticidas a los cultivos agrícolas estará exento de las disposiciones de la Ley de Indemnizaciones Laborales siempre que, previa a la contratación del piloto destinado a la aplicación de pesticidas a cultivos agrícolas desde el aire, el empresario haya presentado a la comisión industrial la correspondiente solicitud; haya recibido su autorización por escrito y pruebe haber suscrito el riesgo mediante una póliza de seguros que cubra al referido piloto por unas indemnizaciones no inferiores a veinticinco mil dólares (25.000) en caso de muerte accidental o pérdida de un miembro; diez mil dólares (10.000) para pago de gastos médicos y quinientos dólares (500) mensuales de prestación económica por incapacidad, por un mínimo de cuarenta y ocho meses (48).

(10) Agentes inmobiliarios asociados y vendedores. Los servicios realizados por cuenta de una agencia inmobiliaria por agentes inmobiliarios asociados o vendedores inmobiliarios, cuando tales servicios se realicen únicamente bajo el sistema de comisión.

(11) Vigilantes voluntarios en pistas de patinaje o de esquí.

(12) Arbitros de pruebas deportivas de escuelas secundarias...

. . .

72-428. Baremo de indemnizaciones por pérdida del uso de uno o varios miembros corporales.—Los trabajadores con incapacidad permanente que no llegue a ser total tendrán derecho a percibir, además de las prestaciones económicas que reciban durante el período de baja, una suma igual al tanto alzado de un cincuenta y cinco por ciento (55%) del salario medio semanal del estado en la cuantía que respectivamente se fija para las distintas secuelas:

(1) Amputaciones de las extremidades superiores

	Semanas
Amputación de toda la extremidad superior	350
Amputación a nivel de la articulación del hombro	300

Amputación del brazo por encima de la inserción del deltoides	300
Amputación del brazo entre la inserción deltoides y la articulación del codo	285
Amputación a nivel de la articulación del codo	285
Amputación del antebrazo por debajo de la articulación proximal del codo con la inserción del tendón del biceps	285
Amputación del antebrazo por debajo de la articulación distal del codo con la inserción del tendón del biceps	270
Amputación a nivel de la articulación de la muñeca	270
Amputación de la mano a nivel de la mitad del carpiano o de la mitad del metacarpiano.	270
Amputación de todos los dedos excepto el pulgar a nivel de las articulaciones metacarpo falángicas	160
Amputación del pulgar	
A nivel de la articulación metacarpo-falángica o con resección del hueso carpo-metacarpiano	110
A nivel de la articulación interfalángica	80
Amputación del dedo índice	
A nivel de la articulación metacarpo-falángica o con resección del metacarpo	70
A nivel de la articulación interfalángica proximal	55
A nivel de la articulación interfalángica distal	30
Amputación del dedo medio	
A nivel de la articulación metacarpo-falángica o con resección del metacarpo	55
A nivel de la articulación interfalángica proximal	45
A nivel de la articulación interfalángica distal	25
Amputación del anular	
A nivel de la articulación metacarpo-falángica o con resección del metacarpo	25
A nivel de la articulación interfalángica proximal	20
A nivel de la articulación interfalángica distal	12
Amputación del meñique	
A nivel de la articulación metacarpo-falángica o con resección del metacarpo	15
A nivel de la articulación interfalángica proximal	10
A nivel de la articulación interfalángica distal	5

(2) Amputaciones de las extremidades inferiores

Hemipelvectomía	250
Amputación a nivel de la cadera	200
Amputación por encima de la articulación de la rodilla, dejando un pequeño muñón en la pierna (3" o menos por debajo de la cuña intercondilea)	180
Amputación por debajo de la rodilla con muñon funcional	140
Amputación a nivel del tobillo (Syme)	140
Amputación parcial del pie (Chopart's)	105
Amputación a nivel de la mitad del metatarso	70
Amputación de todos los dedos	
A nivel de las articulaciones metatarso-falángicas	42
Amputación del dedo gordo	
Con resección del metatarso	42
A nivel de la articulación metatarso-falángica	25

A nivel de la articulación interfalángica	25
Amputación de los otros dedos (del 2.º al 5.º)	
Con resección del metatarso	7
A nivel de la articulación metatarso-falángica	4
A nivel de la articulación proximal	3
A nivel de la articulación distal	1
(3) Pérdida de visión y audición	
Pérdida total de la visión de un ojo	150
Pérdida de un ojo por enucleación	175
Pérdida total y bilateral de la audición	175

. . .

72-434. Servicios médicos; aparatos y material.—Relación.—(1) Los empresarios proporcionarán a sus trabajadores accidentados todos los cuidados y tratamientos médicos, quirúrgicos, etc., así como los servicios hospitalarios, de enfermería, medicamentos, aparatos, muletas, etc. que pueda necesitar el médico que atienda al accidentado o que se precisen inmediatamente después de ocurrido el accidente o la incapacidad derivada de enfermedad profesional y por durante el tiempo que razonablemente sea preciso. Si el empresario no lo hiciere así, el trabajador accidentado podrá procurarse tales servicios por cuenta del empresario.

(2) El empresario también deberá sufragar el importe de las reparaciones y recambios de aparatos y prótesis que sean necesarios, salvo cuando la necesidad de tales recambios y reparaciones sea debida a la falta de cuidado del trabajador. Si el aparato o la prótesis se estropea o se rompe en el curso de un accidente de trabajo, el empresario por quien hubiere trabajado el productor al tiempo del accidente, vendrá obligado a su reparación o restitución, aunque ya no estará obligado a ninguna otra sustitución o reparación suplementaria que no sea consecuencia directa del accidente.

(3) Sin perjuicio de las demás indemnizaciones que acredite, el trabajador que las perciba tendrá derecho, además, a una cantidad adicional en la cuantía que la Comisión juzgue necesaria, y en calidad de prestación sanitaria cuando, en razón de una ceguera total o de la pérdida de ambas manos o ambos pies, o de verse privado de su uso, o por parálisis e imposibilidad de andar o por causa de cualquier otra incapacidad derivada del accidente que le haya convertido de hecho en gran inválido, necesite el constante servicio y cuidados de otra persona. La Comisión está facultada para determinar la necesidad, índole y suficiencia de todos los servicios médicos que se proporcionen o deban proporcionarse y está facultada para ordenar el cambio de médico, hospital o servicio de rehabilitación cuando estime que tal cambio es apropiado o necesario.

. . .

(6) Las disposiciones de este capítulo no deberán interpretarse en el sentido de obligar a los trabajadores que de buena fe confían en las terapéuticas de la «Ciencia Cristiana*», practicadas por algún reconocido miembro de dicha «Ciencia Cristiana*, a sufrir tratamiento médico y quirúrgico pero, en ese caso, ni el trabajador ni los familiares que de él dependan tendrán derecho a prestaciones económicas de clase alguna, salvo las que igualmente se hubiesen satisfecho en caso de aceptar el tratamiento médico y quirúrgico, pudiendo el empresario y su asegurador sufragar los gastos del referido tratamiento espiritual.

* «Ciencia Cristiana»; «sistema que pretende que la fe Cristiana puede vencer las enfermedades sin tratamiento médico» (The Litle Oxford Dictionary») 5.ª Ed. Oxford 1984, p. *96* o «religión y sistema de curar enfermedades mediante tratamiento mental». The Advanced Learner's Dictionary of Current English. Oxford. University Press. London 1964. 2.ª Edición, p. 164. (N. del T.).

. . .

73-437. Enfermedades profesionales. Derecho a indemnización.—Cuando un trabajador padezca una enfermedad profesional por la cual se halle incapacitado para el trabajo que venía realizando en su última actividad en la que contrajo la enfermedad, o muera a consecuencia de la misma, y la enfermedad se haya producido por la calse de trabajo o actividad en la que hubiese trabajado en el período inmediatamente anterior a la incapacidad que le invalide en el futuro, dicho trabajador o, en caso de muerte, los familiares que de él dependan, tendrán derecho a una indemnización.

72-438. Enfermedades profesionales.—Se devengará el derecho a indemnización cuando la incapacidad o la muerte de un trabajador se produzca a consecuencia de alguna de las enfermedades profesionales siguientes:

(1) Envenenamiento por plomo, mercurio, arsénico, zinc, manganeso, o sus preparados o componentes, en los trabajos que impliquen contacto directo con ellos o su utilización o exposición.

(2) Envenenamiento por monóxido de carbono o cloro en aquellas actividades que impliquen exposición directa al monóxido de carbono o al cloro en edificios, talleres o locales cerrados.

(3) Envenenamiento por metanol, bisulfito de carbono, hidrocarburos destilados (naftas y otros) o hidrocarburos halogenados, o los preparados que contengan alguno de estos productos químicos en los trabajos que impliquen contacto directo con los mismos, su manejo o su exposición.

(4) Envenenamiento por benzol, o por nitro, amido, o aminonoderivados del benzol (dinitro-benzol, anilina y demás) o sus preparados y componentes en cualquier actividad que implique su contacto, exposición directa o su manejo.

(5) Muermo debido al cuidado o contacto con caballerías o cadáveres de dichos animales.

(6) Envenenamiento por radio; incapacidad debida a las sustancias radioactivas o a rayos Roetgen (rayos X) en actividades que impliquen contacto o exposición directa con los mismos y su manejo.

(7) Envenenamiento o ulceración por ácido crómico o bicromato de amonio, potasio o sodio o sus preparados o las prepraciones de fósforo o sus componentes, en aquellas actividades que impliquen contacto o exposición directa de los mismos o su manejo.

(8) Ulceraciones debidas al alquitrán, brea, betún, aceite mineral o parafina o alguno de sus componentes o residuos en aquellas actividades que impliquen contacto o exposición directa con los mismos o su manejo.

(9) Dermatitis aguda de contacto (venenata); esto es, la infección o inflamación de la piel, excepto la florunculosis, debida a aceites, sus componentes, lubricantes, líquidos, humos, gases o vapores en aquellas actividades que impliquen contacto o exposición directa a los mismos o su manejo.

(10) Antrax debido a alguna actividad que implique el manejo o exposición a la lana, pelo, cerdas, pieles, cueros o cuerpos de animales vivos o muertos.

(11) Silicosis, en los trabajos que impliquen exposición, contacto directo o manejo de polvo de dioxido de silicona (SiO_2).

(12) Las enfermedades cardiovasculares, pulmonares o respiratorias de los bom-

beros profesionales, empleados de los municipios, pueblos o distritos de incendios como miembros regulares de un departamento de extinción de incendios, causadas por sobreejercicio profesional en momentos de stress o de peligro o por exposición próxima o acumulativa durante un período superor a 4 años al calor, al humo, a los vapores químicos u otros gases tóxicos a consecuencia directa o en ocasión de su trabajo. Siendo notorio que continuamente se descubren o se utilizan nuevas sustancias tóxicas o peligrosas o se abusa de ellas, la anterior relación de enfermedades profesionales no es limitativa ni excluyente, si bien no podrán incluirse en la misma aquellas enfermedades o riesgos que sean comunes a las demás personas en general.

E. Ley de la Oficina de Control de Fumigaciones y Desratización de Edificios (California)

(Código Comercial y Profesional de California)

§ 8505.2 Realización de fumigaciones bajo la dirección y control de persona autorizada. Las fumigaciones sólo se podrán realizar bajo la supervisión personal y directa de persona autorizada por esta oficina como operador o especialista de la rama de control de plagas que incluya fumigaciones o que sea socio apoderado o representante legal de una sociedad autorizada, o empleado apoderado o representante legal de una compañía o sociedad también autorizadas.

. . .

§ Existencia y facultades de la oficina de desratización y fumigación de edificios. Dentro del Departamento de Relaciones con los Consumidores hay una oficina de desratización y fumigación en edificios, que consta de seis miembros designados por el Gobernador.

...[T] Esta oficina goza de las facultades necesarias para aplicar las disposiciones del presente capítulo.

§ 8521. Cualificación de los miembros. La oficina consta de seis miembros; cuatro de los cuales deben ser especialistas autorizados, según lo dispuesto en el presente capítulo, en materia de fumigación y desratización desde, al menos, cinco años antes a la fecha de su nombramiento y deben residir en este estado; y de dos ciudadanos no especialmente autorizados para esa actividad por la oficina.

. . .

§ 8525. Normas y reglamentaciones. Esta oficina puede dictar, modificar, derogar y ejecutar las normas y reglamentaciones que sean precisas en relación con el ejercicio del control de fumigaciones y desratización en sus diversas ramas.

La oficina notificará a todas las personas que estén provistas de la licencia a que se refiere el presente capítulo la adopción de dichas normas y reglamentaciones con una antelación mínima de 30 días aquel en que deban entrar en vigor.

§ 8550. Necesidad de licencia. Se prohibe a toda persona que no posea la licencia a que se refiere el presente capítulo ofrecer o contratar sus servicios como operario o especialista en trabajos de control de fumigaciones y desratización de edificios, o actuar o pretender actuar en calidad de tal, o anunciar sus servicios.

. . .

§ 8551. Fumigaciones en edificios públicos. Se prohibe a toda persona no autorizada realizar fumigaciones con productos químicos mortales o peligrosos en los edificios públicos, incluidas residencias o viviendas si se usan con carácter público, hoteles y casas de apartamentos, o en alguna de sus dependencias.

. . .

§ 8553. Infracciones y faltas. Todo aquel que infrinja alguna de las disposiciones del presente capítulo, o que se confabule con otra persona para este fin, será condenado como autor de una falta y castigado con multa de cincuenta dólares (50) a quinientos (500) o con una pena de prisión no superior a 6 meses en el establecimiento del Condado o con ambas penas a la vez.

. . .

§ 8565. Examen a operarios. La oficina deberá comprobar, mediante un examen escrito a los solicitantes, su capacidad para utilizar y comprender todas y cada una de las materias siguientes:

(a) El idioma inglés, incluyendo la lectura, comprensión y conocimiento de la ortografía.

(b) La legislación sobre construcción de edificios y las normas de seguridad del estado y sus distintos departamentos, siempre que se precise dicho conocimiento en la especialidad de control y fumigación que elija el solicitante.

(c) Las leyes laborales del estado.

(d) Las disposiciones del presente capítulo.

(e) Los productos químicos venenosos y peligrosos utilizados en el control y fumigación, siempre que así lo requiera la especialidad elegida por el solicitante.

(f) La teoría y la práctica del control y fumigación de plagas en la especialidad o especialidades elegidas por el solicitante.

(g) Aquellas otras leyes estatales o normas sanitarias y de seguridad y la experiencia que sea precisa en el ámbito del control de plagas y fumigaciones en sus diversas especialidades.

. . .

§ Causas de denegación; procedimiento y recursos. Se concederá la licencia solicitada si, en la audiencia previa al interesado, éste demuestra satisfactoriamente sus conocimientos y siempre que el propio solicitante, si se trata de una persona física, o su legal representante y el resto de sus empleados, directores, trabajadores, miembros y socios, si se trata de una persona jurídica, no se encuentren en alguna de esas circunstancias:

(a) Haber cometido, o haber cooperado o inducido a la comisión voluntaria de algún acto ilícito que, de haber sido cometido por persona autorizada con una licencia, habría sido causa de suspensión o revocación de la licencia, según las disposiciones del presente capítulo.

(b) Haber realizado voluntariamente, antes de obtener la licencia, algún acto

para el cual, según las disposiciones del presente capítulo, se exige estar en posesión de una licencia; o haber cooperado o inducido la comisión del mismo.

(c) Haber participado o haber sido cómplice en la comisión de un acto del que haya resultado la revocación o la suspensión de la licencia, actuando en calidad de socio, empleado o trabajador de alguna sociedad, compañía o corporación.

(d) Haber sido condenado por delito grave o doloso. Será prueba concluyente el Registro de la sentencia o un testimonio de la misma.

(e) Haber cometido voluntariamente un hecho que implique falta de honradez, fraude o engaño y que haya beneficiado al solicitante o haya perjudicado a un tercero.

(f) Error en la exposición de algún hecho material en la solicitud de licencia.

PARTE III.

Reglamentos Administrativos

A. Reglamento sobre alimentos y fármacos

B. Reglamento de la Comisión para la igualdad de oportunidades en el empleo

C. Reglamento de la Oficina de Control de Fumigaciones y Desratización de Edificios

A. Reglamento sobre alimentos y fármacos

(Código de Reglamentaciones Federales, Título 21)

§ 201.200. Divulgación del estudio sobre la valoración de la eficacia en el etiquetaje y publicidad de los fármacos. (a) (1) La Academia Nacional de Ciencias, Consejo de Investigación Nacional, grupo de estudio de la eficacia de los fármacos, ha finalizado un trabajo exhaustivo de revisión del etiquetaje y prospectos de los fármacos comercializados desde 1938 a 1962 según el nuevo sistema para fármacos y antibióticos. Los resultados figuran en el «Estudio sobre la eficacia de los fármacos; Informe de la Academia Nacional de Ciencias del Comisionado de Alimentos y Fármacos. (1969)». Como se dice en este informe, en la revisión se ha hecho «una verificación del estado del arte de utilizar los fármacos que puede calificarse de única por su extensión y alcance y también por su intensidad y duración» y que es aplicable a más del 80% de los fármacos normalmente comercializados. Más adelante, el informe resalta también que la calidad de las pruebas sobre la eficacia así como la calidad de la información de los prospectos y etiquetas es baja. Los prospectos y la información con fines publicitarios han merecido alguna de las siguientes calificaciones: «eficaz», «probablemente eficaz», «posiblemente eficaz», «ineficaz», «ineficaz como asociación fija» y «eficaz, pero», junto con un informe por cada medicamente estudiado que ha sido sometido al Comisionado.

(2) La Administración de Alimentos y Fármacos ha redactado los informes y requerido la cooperación voluntaria de fabricantes y distribuidores para la eliminación o modificación de los prospectos y elementos informativos inadecuados y ha iniciado las acciones administrativas procedentes para las correspondientes modificaciones en productos y etiquetas.

(3) Se han fijado los términos para dar a conocer a quienes prescriben determinados fármacos las conclusiones del grupo de expertos que ha revisado la información publicitaria.

(b) El Comisionado de Alimentos y Fármacos concluye que:

(1) El no publicar en el prospecto o etiqueta de un fármaco o en los demás elementos publicitarios las conclusiones de los expertos de la Academia sobre si el contenido que corresponde a la etiqueta es «ineficaz», «posiblemente eficaz», «proba-

blemente eficaz» o «ineficaz como asociación fija», cuando se utilicen prospectos y material informativo, es una falta de información de hechos esenciales para una adecuada interpretación y hace que la información impresa no sea correcta.

(2) Cualquier otra calificación de la Academia referida a las propiedades proclamadas en el prospecto distinta de la de «eficaz» significa que un núcleo importante de opinión autorizada entre los expertos cualificados es contraria a la interpretación que se hace o se sugiere en el prospecto o etiqueta y el no revelar este hecho hace que el prospecto o etiqueta induzca a engaño.

(c) En consecuencia, una vez publicada en el *Registro Federal* la aplicación del estudio sobre la eficacia de los fármacos, todos los prospectos de estos productos y todas las etiquetas de los envases publicitarios deberán incluir, como parte de la información destinada a los médicos que puedan recetar el fármaco con seguridad y eficacia —y salvo los casos exentos o en los que se disponga otra cosa— la adecuada calificación de sus propiedades cuando ésta no sea la de «eficaz», hecha por el equipo de la Academia Nacional de Ciencias; Consejo de Investigación Nacional; Grupo de estudio de la eficacia de los fármacos y siempre que las propiedades del fármaco continúen figurando en las etiquetas o anuncios...

B. Reglamento de la Comisión para la Igualdad de Oportunidades de Empleo

Código de Reglamentaciones Federales, Título 29

§ 1604.2 El sexo como cualificación laboral de buena fe.

(a) La Comisión cree que la excepción de buena fe referida a la cualificación laboral relativa al sexo debe interpretarse restrictivamente. El rótulo «Trabajo para hombres» y «Trabajo para mujeres» tiende a privar innecesariamente a uno u otro sexo de oportunidades laborales.

(1) La Comisión estima que no justifican la aplicación de la excepción de la buena fe a la cualificación laboral los supuestos siguientes:

(i) La negativa a contratar a una mujer a causa de su sexo, basándose en supuestas características laborales de las mujeres en general. Por ejemplo la suposición de que el índice de cambio de empleo es más alto en las mujeres que en los hombres.

(ii) La negativa a contratar a una persona en base a las características estereotipadas de su sexo. Constituyen tales tópicos el de que, por ejemplo, los hombres no son tan diestros como las mujeres para el montaje de mecanismos complicados; que las mujeres no tienen, para las ventas, la misma agresividad que los hombres. El principio de no discriminación exige que se considere a los individuos sobre las bases de sus propias habilidades y no sobre las bases de las características atribuidas generalmente al grupo.

(iii) La negativa de contratar a alguna persona a causa de las preferencias de los futuros compañeros de trabajo, del empresario, de los clientes o compradores, excepto en los casos previstos en el párrafo (a) (2) de esta sección.

(2) Cuando sea necesario a los fines de conferir autenticidad y veracidad, la Comisión puede considerar que el sexo constituye una cualificación laboral de buena fe, por ejemplo en un actor o una actriz.

(b) Efectos de la legislación estatal sobre el empleo según los sexos.

(1) Son muchos los estados que han dictado leyes y promulgado reglamentos administrativos respecto al trabajo de las mujeres. Entre ellos los hay que prohiben o limitan el trabajo a la mujer; por ejemplo, el trabajo de mujeres en algunas actividades determinadas, en trabajos que requieran levantar o transportar pesos que sobrepasen ciertos límites; el trabajo en determinadas horas nocturnas, o por más de un determinado número de horas a la semana y durante ciertos periodos de tiempo antes y después del parto. La Comisión estima que dichas leyes y reglamentos no tienen en cuenta la capacidad, preferencia y habilidad de los individuos del sexo femenino y que, en consecuencia, son discriminatorias sobre la base del sexo. La Comisión ha llegado a la conclusión de que tales preceptos y reglamentos son contrarios a la ley y, por tanto, quedan derogados por el Título VII de la Ley de Derechos Cívicos de 1964. En consecuencia, dichos preceptos no podrán considerarse como un pretexto para las prácticas ilícitas de contratación laboral ni servir de base para la aplicación de la excepción de buena fe en la cualificación laboral.

(2) La Comisión ha llegado a la conclusión de que las leyes y reglamentos estatales discriminatorias según el sexo, en lo que se refiere al empleo de menores son nulos y quedan derogados por el Título VII, en el sentido de que tales preceptos son más restrictivos para un sexo que para el otro. En consecuencia, las restricciones al empleo de los menores de un sexo que sobrepasen o estén por encima de las que se impongan a los menores del otro sexo, no podrán ser utilizadas como un pretexto para prácticas ilícitas de empleo o como una base para la aplicación de la excepción de buena fe en la calificación laboral.

. . .

(4) En lo que respecta a determinadas leyes laborales estatales que establecen diferencias según el sexo —tales como las que exigen unos determinados períodos de descanso, ya para comidas ya para dar facilidades físicas a las mujeres— se entiende que la concesión de tales atenciones a un solo sexo contribuiría a una violación del Título VII. Por ello, se considerará que el empresario incurre en una práctica ilícita de empleo cuando:

(i) Se niegue a contratar o, de otro modo lesione las oportunidades de trabajo de las mujeres trabajadoras o solicitantes de empleo con el fin de evitar tener que conceder tales ventajas, o

(ii) No otorgue las mismas ventajas a los trabajadores varones. Si el empresario puede demostrar que las necesidades de su empresa no permiten la concesión de tales ventajas a los dos sexos, se considerará que la Ley estatal está, en tal caso, en contradicción con el Título VII y por tanto no será aplicable a ese empresario en concreto. En ese caso, el empresario no podrá otorgar dichas ventajas a ningún trabajador, cualquiera que sea su sexo.

(5) En algunos estados se exigen habitaciones separadas para el descanso de los trabajadores de uno y otro sexo. Se considerará que un empresario incurre en prácticas ilícitas de empleo si se niega a contratar o de otra forma lesiona las oportunidades laborales de los solicitantes de empleo o de los trabajadores con el fin de evitar el tener que proveer de tales habitaciones a personas de ambos sexos.

§ 1604.3 Sistema de ramas separadas de ascenso por antigüedad.

(a) Se considera práctica ilícita de empleo el clasificar los puestos de trabajo como puestos para «hombres» o para «mujeres» o el mantener líneas distintas de ascenso o listas de antigüedad separadas por sexos, cuando ello pueda perjudicar a algún trabajador, salvo cuando el sexo sea considerado una excepción de buena fe para la cualificación laboral para un trabajo concreto. En consecuencia, se incurre en una práctica ilícita de empleo que produce una cualificación arbitraria, cuando:

(1) Se prohibe a una mujer obtener un trabajo cualificado «para hombres» o que esté dentro de la línea de ascensos para hombres, o viceversa.

(2) Se prohibe cambiar a las mujeres de menor antigüedad de una lista masculina a otra femenina y viceversa.

(b) Cuando un sistema de antigüedad o una línea de ascensos distingue entre trabajos «ligeros» y «pesados»; constituye una práctica ilícita de empleo si opera como una forma disimulada de cualificación por sexos o crea obstáculos injustos al ascenso de los miembros de uno u otro sexo a puestos que tales miembros tengan derecho a acceder.

§ 1604.4 Discriminación en contra de las mujeres casadas.

(a) La Comisión estima que la norma empresarial que prohiba o restrinja el empleo de mujeres casadas y que no se aplique a los hombres casados es una discriminación debida al sexo, prohibida por el Título VII de la Ley de Derechos Cívicos. La Comisión no considera relevante el que tal norma no vaya dirigida contra todas las mujeres, sino sólo contra las casadas, pues en tanto que el sexo sea un factor determinante de la aplicación de la Ley, tal aplicación implica discriminación basada en el sexo.

§ 1604.5 Publicidad sobre las ofertas de empleo.

Se considera una violación del Título VII el que en la publicidad se den indicaciones que muestren preferencias, limitación, especulación o discriminación basadas en el sexo, salvo cuando el sexo sea una cualificación laboral de buena fe para un determinado trabajo en concreto. El colocar la publicidad en las columnas clasificadas por el editor en base al sexo, tales como las encabezadas pro las rúbricas «Hombres» o «Mujeres», será considerado como la manifestación de una preferencia, limitación, especificación o discriminación basada en el sexo.

. . .

§ 1604-7 Indagaciones respecto al sexo, previas a la contratación.

Las indagaciones previas a la contratación pueden consistir en preguntas tales como ¿«hombre... mujer...»? ¿«Sr., Sra., Srta.»? siempre y cuando la pregunta se haga de buena fe y sin fines discriminatorios. Toda indagación pre-contractual en relación con una prospección laboral que exprese, directa o indirectamente, alguna limitación, especificación o discriminación en razón del sexo será considerada ilícita salvo si está basada en una excepción de buena fe en la calificación laboral.

. . .

§ 1604.10 Medidas laborales en relación con el embarazo y el parto.

(a) Se considerará, en principio, que constituye una violación del Título VII, toda disposición, escrita o no, que excluya de algún puesto de trabajo a las solicitantes o trabajadoras por motivos de embarazo, parto o cuestiones médicas relacionadas con dichas situaciones.

. . .

§ 1604.11 Acoso sexual.

(a) Hostigar a alguien por motivos de sexo constituye una violación de la Sección 703 del Título VII. Las proposiciones sexuales no deseadas, los requerimientos de favores sexuales y las demás conductas físicas o verbales de carácter sexual se considerarán un acoso sexual cuando (1) el acceder a tales requerimientos sea condición explícita o implícita para obtener un empleo; o (2) cuando la aceptación o el rechazo de tal conducta sea utilizada para decidir cuestiones laborales que afecten a la persona en cuestión; o (3) tal conducta tenga por objeto o consecuencia el interferir injustamente con el trabajo que realice tal persona o crearle un medio laboral hostil, ofensivo o intimidante.

(b) Para determinar si la conducta referida constituye o no un acoso sexual, la Comisión tendrá en cuenta el conjunto del expediente y la totalidad de las circunstancias concurrentes, tales como la naturaleza de las proposiciones sexuales y el contexto en el que los incidentes alegados hayan ocurrido. Se determinará el carácter ilegal o no de cada conducta según los hechos y caso por caso.

(c) En la aplicación de los principios generales del Título VII, los empresarios, agencias de colocación, comités de aprendizaje u organizaciones sindicales (colectividades a las que, en adelante, llamaremos «empresario») responderán por sus propios actos y por los de sus agentes y directores con respecto a los acosos sexuales, con independencia de si tales actos han sido autorizados o prohibidos por el empresario y prescindiendo de si el empresario ha sido o no conocedor de los mismos o pudo o no haberlos conocido. La Comisión examinará las circunstancias de la concreta relación de trabajo y los entronques laborales que tenga la persona en particular para determinar si ha actuado en su calidad de director o agente.

(d) Con respecto a la conducta de los demás trabajadores, el empresario es responsable por los actos de hostigamiento sexual ocurridos en el lugar de trabajo cuando el empresario (o sus agentes o directores) hayan conocido o debieran haber conocido tales actos, salvo si el empresario puede acreditar que tomó inmediatamente los correctivos adecuados.

(e) Los empresarios pueden también responder por los actos de personas que no sean trabajadores suyos respecto al acoso sexual de los trabajadores en el lugar de trabajo cuando el empresario (o sus agentes o directores) hayan conocido o debieran haber conocido tales conductas y no hayan tomado de inmediato los correctivos adecuados. Al conocer de tales casos, la Comisión tomará en consideración el verdadero alcance del control del empresario y cualquier otra responsabilidad legal que el empresario pueda tener con respecto a la conducta de las personas que no pertenezcan a su plantilla laboral.

(f) La prevención es el mejor remedio para evitar el acoso sexual. Los empresarios deben tomar las medidas necesarias para prevenir todo hostigamiento sexual, y entre éstas, el suscitar y hacer frente al problema, expresando su clara repulsa de tales conductas y estableciendo sanciones adecuadas; informar a los trabajadores de su derecho a denunciar estos hechos y de como denunciarlos al amparo del Título VII y desarrollar métodos para sensibilizar a todas las personas relacionadas con el tema.

(g) Otras prácticas en relación con esta materia. Si se conceden oportunidades o ventajas laborales a causa de la sumisión de alguna persona a las proposiciones sexuales del empresario, éste puede ser responsable de discriminación sexual ilícita contra aquellas otras personas cualificadas para aquel puesto de trabajo a quienes se hubiera rehusado el puesto o la ventaja laboral en cuestión.

C. Reglamento de la Oficina de Control de Fumigaciones y Desratización de Edificios

Código Administrativo de California, Título 16

ARTICULO 4. USO DE PESTICIDAS Y FUMIGACIONES

1970. Niveles y requisitos de registro.

A los fines de mantener unos niveles adecuados de seguridad y de poder establecer las responsabilidades correspondientes en el manejo de los gases peligrosos utilizados en las fumigaciones, o los pesticidas en los demás tratamientos, los operadores tendrán que confeccionar y custodiar, al menos por un período de dos años, un registro o relación de cada operación de fumigación y de cada operación de tratamiento en los que, por el operador o los trabajadores a su cargo, se hayan utilizado raticidas o pesticidas.

a) Dicha relación o registro de cada operación de fumigación deberá contener los siguientes datos:

Nombre y domicilio del contratista principal.
Nombre y domicilio del subcontratista, si lo hubiere.
Lugar del emplazamiento del inmueble.
Nombre del propietario del inmueble o de su representante.
Tipo de inmueble, con detalles del techo y paredes.
Metros cúbicos fumigados.
Tipos biológicos objeto del tratamiento.
Clase y cantidad de pesticida o pesticidas utilizados.
Nombre y cantidad del producto utilizado para señalizar.
Sistema usado para el precinto.
Condiciones atmosféricas tales como temperatura y viento.
Momento de introducción del gas (día y hora).
Nombre de la persona autorizada para el análisis de los fluidos.
Relación de las medidas extraordinarias, de seguridad que, en su caso, se hayan tomado.
Momento de liberación del gas (día y hora).
Nombre de la persona autorizada para el análisis final.
Nombre de los miembros del equipo de fumigación.
Nombre de los miembros del equipo exterior.
Hora en que se ha advertido al departamento de incendios.
Hora en que se ha advertido al departamento de policía, en los casos en que las ordenanzas laborales lo requieran.
Tiempo que se ha precisado para la ocupación.
Firma del operador autorizado o de su representante legal.

(b) El registro de cualquier otra operación de control de plagas que no sea la fumigación, y en el que se use algún pesticida, deberán contener los siguientes datos:

Fecha de la operación.
Nombre del propietario o de su representante.
Lugar de emplazamiento del inmueble.
Superficie total o tratada.
Objeto del tratamiento o control.
Pesticidas y cantidades usadas.
Identidad de la persona o personas que hayan aplicado el pesticida.

. . .

1981. Raticidas y avicidas.

Los raticidas y avicidas habrán de conservarse en las condiciones siguientes:

(a) Cuando pueda haber peligro de contaminación de alimentos o fármacos, los cebos envenenados y sus preparaciones habrán de guardarse en cajas adecuadas para conservar los pesticidas con toda seguridad.

(b) Deberán usarse los raticidas y avicidas de forma que no sean directamente accesibles a los niños o animales de compañía.

(c) Al finalizar cada operación en particular, habrán de sacarse de los lugares accesibles los raticidas o avicidas.

(d) Los raticidas y avicidas habrán de ser manejados y conservados en la forma prevista en la Sección 1983.

(e) Cuando en una estación de cebos se utilice un pesticida en un local cerrado o al aire libre, la estación tendrá que estar señalizada adecuadamente con las palabras o símbolos exigidos en la etiqueta del pesticida original, con el nombre genérico del pesticida y con el nombre, dirección y teléfono de la empresa de tratamiento de plagas.

(f) El colorante habrá de ser eliminado, utilizándose el producto sólo en la planta baja o en aquellos lugares en que pueda garantizarse que su uso es inocuo y no se utilizará en ningún caso que pueda representar un peligro de contaminación de alimentos, fármacos o envases para alimentos o fármacos, o el equipo necesario para su preparación.

PARTE IV.

Jurisprudencia Norteamericana

A. Brown c/ el Departamento de Educación de Topeka et al. (1954)

B. Dothard c/ Rawlinson (1977)

C. Louie c/ Bamboo Gardens et al. (1947)

D. Marvin c/ Marvin (1976)

Brown y otros c/ el Departamento de Educación de Topeka y otros

347 U.S. 483, 74 S.CT. 686, 98 L. Ed. 873 (1954)

El Sr. Warren, Magistrado Presidente, redactó la sentencia del Tribunal.

Las presentes causas llegaron a este Tribunal procedentes de los estados de Kansas, Carolina del Sur, Virginia y Delaware. Se basan en hechos distintos y en circunstancias locales diferentes, pero una cuestión jurídica común justifica que se consideren en su conjunto y se dicte una única sentencia.

En todos los casos se trata de determinados menores de raza negra que, a través de sus representantes legales, acudieron al auxilio de los tribunales para ser admitidos en las escuelas públicas de sus comunidades, al margen de cualquier tipo de segregación racial. En todos estos casos la admisión en las escuelas para blancos les fue negada al amparo de determinadas leyes que exigen o autorizan la segregación racial. Los demandantes alegaron que tal segregación les privaba del derecho a la igualdad ante la ley previsto en la Enmienda Decimocuarta. En todos los casos, con la excepción del de Delaware, los tribunales federales de Distrito, compuestos por tres jueces, desestimaron la demanda en base a la doctrina denominada «separados pero iguales» que este Tribunal desarrolló en el caso *Plessy c/ Ferguson*, 163 U.S. 537. Según esta doctrina, se considera que se produce un trato igual cuando se conceden, a una y otra raza, iguales oportunidades, aún cuando se concedan por separado. En el caso de Delaware, el Tribunal Supremo de Delaware suscribió esta doctrina, pero resolvió que los demandantes habían de ser admitidos a las escuelas para blancos debido a la superioridad de tales escuelas con respecto a las escuelas para negros.

Los demandantes replicaron alegando que las escuelas públicas segregadas no son «iguales» ni pueden ser «iguales» y que de ahí que se sintieran privados del derecho a gozar de igual protección legal. Debido a la notoria importancia de la

cuestión planteada, el Tribunal resolvió admitir el recurso para conocer de estos casos. Las alegaciones tuvieron lugar en 1952 y en este mismo año se recibieron nuevas alegaciones sobre determinadas cuestiones propuestas por el Tribunal.

Estas nuevas alegaciones se centraron, en su mayor parte, en las circunstancias que rodearon la adopción, en 1868, de la Enmienda Decimocuarta. Trataron exhaustivamente de los debates del Congreso sobre esa Enmienda; de su ratificación por parte de los estados; de las prácticas segregacionistas existentes y de los puntos de vista favorables y contrarios a la Enmienda Decimocuarta. Estos debates y nuestras propias consideraciones nos han llevao a la convicción de que, si bien las mencionadas fuentes arrojan alguna luz sobre el tema, ello no basta para resolver el problema que nos ocupa. Son, cuando menos, poco concluyentes. Los más ardientes def nsores de las Enmiendas de la post-guerra trataron, sin duda, de remover todas las diferencias entre «todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos». Sus oponentes eran ciertamente, contrarios, tanto a la letra como al espíritu de esas Enmiendas y deseaban que tuviesen el menor efecto posible. No puede saberse, con un mínimo de certeza, lo que pensaban los demás miembros del Congreso o de los legislativos de los estados.

El estado en que se hallaba la educación pública de aquel tiempo es otra de las razones que abundan en la naturaleza no concluyente de las circunstancias históricas de la Enmienda en lo que se refiere a la segregación en las escuelas. En el Sur, el movimiento en favor de la escuela pública única y sufragada por los impuestos generales no estaba todavía bien arraigado. La enseñanza de los alumnos blancos estaba todavía, en gran parte, en manos de grupos privados. La enseñanza a los niños negros era prácticamente inexistente y casi todos los de esta raza eran analfabetos. De hecho, en algunos estados la Ley prohibía impartir enseñanzas a los negros. Hoy en día, en cambio, son muchos los negros que han logrado éxitos extraordinarios en las artes y las ciencias, así como en el mundo profesional y en el de los negocios. Cierto que, en la época en que se debatía aquella Enmienda, la enseñanza pública había hecho mayores progresos en el Norte, pero los efectos de la Enmienda sobre los estados del Norte fueron, en general, pasados por alto en los debates del Congreso. Ni siquiera en el Norte las condiciones de la enseñanza pública eran comparables a las que existen hoy en día. Los programas solían ser bastante rudimentarios; en las zonas rurales, las escuelas de no graduados eran las más comunes; en muchos estados el curso escolar duraba tres meses y la obligación de asistir a la escuela era, en la práctica, desconocida. Por consiguiente, no debe extrañar que en las circunstancias históricas de la Enmienda Decimocuarta haya tan pocos datos relacionados con sus pretendidos efectos sobre la enseñanza pública.

En los primeros casos en que este Tribunal tuvo que interpretar la Enmienda Decimocuarta, fallados poco después de su promulgación, el Tribunal entendió que en ella se prohibía toda clase de discriminación que pudiese imponer el estado contra la raza negra. La doctrina de «separados pero iguales» no hizo su aparición en este Tribunal hasta el año 1896, con el caso *Plessy c/ Ferguson* (supra), en el que se debatía una cuestión de transporte, no de enseñanza. Desde entonces los Tribunales norteamericanos la han venido aplicando durante más de cien años. En este mismo Tribunal y en relación con la enseñanza pública, se han visto seis casos relativos a la doctrina de «separados pero iguales». En los casos *Cumming c/ el Departamento de Educación del Condado*, 175 U.S. 528 y *Gong Lum c/ Rice* 275 U.S. 78, no se puso en duda la validez misma de la doctrina. En los casos más recientes, todos a nivel de escuelas de grado, la desigualdad apareció porque los estudiantes blancos gozaban de determinadas ventajas que no se otorgaban a los negros con análogas calificaciones docentes. En ninguno de estos caso —*Missouri ex. rel. Gaines c/ Canadá*, 305 U.S. 337; *Sipuel c/ Oklahoma*, 332 U.S. 631; *Sweatt c/ Painter*, 339 U.S. 629; *Mclaurin c/ Oklahoma State Regents*, 339 U.S. 637— fue necesario reconsiderar esta doctrina para

dar acogida a las peticiones de los demandantes negros. Y en el caso *Sweatt c/ Painter, supra,*, el Tribunal se reservó expresamente el resolver la cuestión de si la doctrina del caso *Plessy c/ Ferguson* se consideraba aplicable o no a la enseñanza pública.

En los casos que nos ocupan, esa cuestión surge de forma directa. Aquí, al contrario del caso *Weatt c/ Painter,* como ya se ha dicho, las escuelas en cuestión para blancos y para negros se encuentran en iguales condiciones, o están en camino de ello, tanto en lo que afecta a edificios, programas de estudio, cualificaciones y salario de los profesores, como con respecto a otros factores «tangibles». Nuestra sentencia no puede consistir, por tanto, en una simple comparación de esos factores «tangibles» de las escuelas de negros y de blancos objeto de todos estos procesos. Debemos más bien contemplar el efecto de la segregación misma en la enseñanza pública.

Al considerar este problema no podemos retrotraernos al año 1868, cuando se aprobó la Enmienda, ni siquiera al año 1896, cuando se falló el caso *Plessy c/ Ferguson.* Más bien debemos considerar la enseñanza pública a la luz de su pleno desarrollo y del lugar que ocupa actualmente en la vida americana a lo largo y a lo ancho del país. Sólo así podrá determinarse si la segregación racial en las escuelas públicas implica para los demandantes una desigualdad ante la ley.

La educación hoy en día es, quizás, la función más importante del Estado y de las administraciones locales. Las leyes sobre escolarización obligatoria y las grandes inversiones en la enseñanza revelan el reconocimiento de la importancia que tiene la educación en nuestra sociedad democrática. Es necesaria para el ejercicio de nuestras actividades públicas más elementales e incluso para servir en el ejército. Constituye los cimientos mismos del civismo.

La educación es, hoy en día, el principal instrumento para iniciar a los niños en los valores culturales; prepararles para la ulterior formación profesional y ayudarles a integrarse con normalidad en la sociedad. En nuestros días, es muy dudoso que un niño pueda esperar triunfar en la vida si se ve privado de la oportunidad de educarse. Esa oportunidad, que pueden ofrecer muchos estados, es un derecho que debe estar al alcance de todos en términos de igualdad.

Llegamos, pues, a la cuestión planteada; ¿la segregación de los niños en las escuelas públicas, basada únicamente en la raza, incluso en igualdad de condiciones y demás factores «tangibles», priva a los niños del grupo minoritario de iguales oportunidades educacionales? Creemos que así es.

Cuando este Tribunal, en el caso *Sweatt c/ Painter, supra,* decía que una Facultad de Derecho segregada sólo para negros no podía ofrecerles iguales oportunidades educativas, se basaba principalmente «en aquellas cualidades que no son susceptibles de valoración objetiva pero que dan la dimensión de una Facultad de Derecho». En el caso *McLaurin c/ Oklahoma State Regents, supra,* al exigir que un negro admitido en una escuela graduada para blancos fuese tratado como los demás alumnos, este Tribunal recurrió de nuevo a consideraciones de intangibilidad: «... a la capacidad de estudio, a las cualidades dialécticas, a la posibilidad de cambiar impresiones con los demás estudiantes y, en general, de aprender su profesión». Tales consideraciones cobran aún mayor fuerza al ser aplicadas a los niños de las escuelas de grado y de los institutos. El separarles de los demás niños de su misma edad y nivel escolar, sólo por razones de raza, genera un sentimiento de inferioridad en lo que respecta a su «status» en la comunidad, que puede afectar a su forma de sentir y de pensar, probablemente de modo irreversible. Los efectos de esa separación sobre sus oportunidades educativas quedaron bien establecidos en el caso de Kansas por un Tribunal que, sin embargo, se sintió obligado a fallar en contra de los demandantes negros:

> «La segregación en las escuelas públicas de los niños blancos y de color tiene unos efectos determinantes sobre los niños de color. Su impacto es mayor si tal segregación está permitida por la Ley, pues la práctica de separar a las razas suele interpretarse como expresiva de la inferioridad del grupo negro. Este sentimiento de inferioridad afecta a las motivaciones del niño para aprender. Por consiguiente, cuando la segregación está permitida por la ley, tiende a retrasar el desarrollo intelectual y educativo de los niños de raza negra y a privarles de alguna de las ventajas de las que hubiesen gozado en un sistema de enseñanza racialmente integrado».

Cualquiera que fuese el alcance de los conocimientos psicológicos en la época del caso *Plessy c/ Ferguson,* esta conclusión está ampliamente respaldada por los autores modernos*. Debe rechazarse cualquier otra lectura del caso *Plessy c/ Ferguson* contraria a la presente conclusión.

Debemos concluir, pues, que en el campo de la enseñanza pública no puede aplicarse la doctrina de «separados pero iguales». Los beneficios de la enseñanza que se reciben separadamente implican, necesariamente, la desigualdad. En consecuencia declaramos que los demandantes y demás personas que se hallen en sus circunstancias y que hayan ejercitado las acciones legales oportunas, se encuentran, por la segregación denunciada, privadas de una protección igual ante la Ley, tal y como la otorga la Enmienda Decimocuarta. Tal manifestación hace innecesaria la discusión de si esta segregación viola asimismo la disposición relativa al debido proceso, también de la Enmienda Decimocuarta.

Debido a que las acciones ejercitadas afectan a un grupo o clase determinada, y a causa del gran número de situaciones a las que es aplicable la presente sentencia y a la enorme variedad de circunstancias locales, el dictar las oportunas resoluciones para estos casos presenta problemas de una considerable complejidad. Por otro lado, el otorgar la protección necesaria en este caso quedó subordinada a la cuestión principal: la constitucionalidad de la segregación en la enseñanza pública. Hemos declarado ahora que tal segregación representa negar la igualdad de protección ante la ley. Con objeto de poder contar con la plena asistencia de las partes para dictar las oportunas resoluciones, se retrotraen las causas al momento de la vista y se requiere a las partes para que presenten nuevas conclusiones sobre los puntos 4 y 5 previamente propuestos por el Tribunal para su nuevo debate en el presente período de sesiones (»). Se invita de nuevo al Fiscal General de los Estados Unidos a que intervenga. Los

---

*K. B. Clark, Effect of Prejudice and Discrimination on Personality Development (Midcentury White House Conference on Children and Youth, 1950); Witmer and Kotinsky, Personality in the Making (1952), c. VI; Deutscher and Chein, The Psychological Effects of Enforced Segregation: A Survey of Social Science Opinion, 26 J. Psychol. 259 (1948); Chein, What are the Psychological Effects or Segregation Under Condictions of Equal Facilities?, 3 Int. J. Opinion and Attitude Res. 229 (1949) Brameld, Educational Costs, in Discrimination and National Welfase (MacIver, ed. 1949), 44-48; Frazier, The Negro in the United States (1949), 674-681. And see generally Myrdal, An American Dilemma (1944). [Esta nota, a pie de página del original, en sí mismo polémica, contiene una lista de los trabajos psicológicos que, como se dice, apoyan las conclusiones del Tribunal. — Nota del Autor].

(») «4. Suponiendo que se decida que la segregación en las escuelas públicas viola la Enmienda Decimocuarta,

(a) ¿se habría de dictar forzosamente una resolución disponiendo que, dentro de los límites de los distritos geográficos escolares normales, los niños de raza negra deberían ser admitidos de inmediato en las escuelas que eligiesen? o

(b) podría este Tribunal, ejerciendo sus facultades en materia de equidad, permitir que se llevara a cabo un ajuste gradual y eficaz de los actuales sistemas segregacionistas hacia un sistema que no esté basado en diferencias de color?

Fiscales Generales de los Estados que prescriben o autorizan prácticas segregacionistas en la educación pública serán también autorizados a intervenir como *«amici curiae»*, señalando para ello el 15 de septiembre de 1954, para que entreguen sus conclusiones el 1 de octubre de 1954.

Así, por esta nuestra sentencia, lo ordenamos, mandamos y firmamos.

Dothard c/ Rawlinson

433 U.S. 321, 97 S.Ct. 2720, 53 L.Ed. 2d 786 (1977)

El Magistrado Sr. Stewart redaca la sentencia del Tribunal.

La Sra. Dianne Rawlinson, apelada, había solicitado una plaza de guardián de prisiones —que en Alabama se denomina «asesor de prisiones»— a la Oficina Correccional de Alabama. Después de haber sido rechazada su solicitud, presentó demanda basada en el Título VII de la Ley de Derechos Cívicos de 1964, 78 Stat. 253, modificada, 42 U.S.C. párrafo 2000e y ss. (1970 ed. y Supp. V) y en el 42 U.S.C. párrafo 1983, alegando que se le había negado la plaza a causa de su sexo, violando así la legislación federal. Un Tribunal de Distrito de tres jueces del Middle District de Alabama falló a su favor; Mieth c/ Dothard, 418 F. Supp. 1169...

I

Cuando solicitó el puesto como asesor especialista de prisiones la Sra. Rawlinson tenía 22 años y se había graduado en la Facultad habiendo estudiado principalmente psicología penal. No fue admitida para el puesto solicitado por no alcanzar el peso mínimo, exigido por una Ley de Alabama, de 120 libras. Esta ley exige también una estatura mínima de 5 pies y dos pulgadas.

Después de haber sido rechazada su solicitud debido a su peso, la Sra. Rawlinson presentó una reclamación a la Comisión para la igualdad de oportunidades en el empleo y posteriormente recibió una carta que abría la vía jurisdiccional. Presentó entonces una demanda ante el Tribunal de Distrito, en nombre propio y en el de otras mujeres en igual situación, impugnando la ley que fijaba un peso y una estatura mínimos, por considerar que atentaba contra lo dispuesto en el Título VII y en el precepto relativo a la igualdad de protección de la Enmienda Decimocuarta. Un Tribunal de tres jueces entró a conocer del caso. Mientras éste estaba aún pendiente, la Oficina Correccional de Alabama aprobó el Reglamento Administrativo 204 que establecía un criterio que tenía en cuenta el sexo para destinar a los asesores de prisiones de las instituciones de máxima seguridad a «puestos de contacto», esto es, aquellas tareas que requieren un acercamiento físico continuo con los internos de la institución. La Sra. Rawlinson amplió su demanda impugnando también el Reglamento 204, por infringir también el Título VII y la Enmienda Decimocuarta.

*(cont.) 5. En el supuesto del punto 4 a y b y suponiendo aún que este Tribunal ejercitara sus facultades en materia de equidad con el propósito fijado en el punto 4. b,

(a) ¿debería el Tribunal dictar resoluciones concretas para estos casos?

(b) y, en ese supuesto, ¿qué cuestiones concretas deberían tratarse en esas resoluciones?

(c) ¿debería el Tribunal designar a un asesor especial para que practicara las pruebas pertinentes con vistas a proponer los términos concretos de tales resoluciones?

(d) ¿debería el Tribunal devolver las causas a los Juzgados de 1.ª Instancia con las oportunas directrices para dictar las correspondientes resoluciones y, en ese caso, cuáles deberían ser las directrices de ese Tribunal y qué procedimientos deberían seguir los Juzgados de 1.ª Instancia para determinar los términos concretos de unas resoluciones más específicas?.»

Al igual que en la mayor parte del sistema penitenciario de los Estados Unidos, las cárceles de Alabama están separadas según el sexo de los internos. Normalmente, la Oficina Correccional de Alabama tiene a su cargo cuatro centros penitenciarios principales reservados a los hombres: Holman Prison, Kilby Corrections Facility, G.K. Fountain Correction Center y Draper Correctional Center. Esta Oficina tiene también a su cargo la prisión de mujeres Julia Tutwiler, la Frank Lee Youth Center, la Number Four Honor Camp, la State Cattle Ranch y nueve Work Release Centers, uno de los cuales es para mujeres. La prisión para mujeres Julia Tutwiler y los cuatro centros penitenciarios para hombres son instituciones de máxima seguridad. Las celdas de los internos son, por lo general, grandes dormitorios, con duchas comunes y servicios, sin puertas en los dormitorios y pasillos. Las penitenciarías de Draper y Fountain llevan a cabo importantes trabajos de agricultura que precisan un gran número de registros personales, en los que hay que desvestir a los internos, por si llevan objetos prohibidos, cuando regresan al edificio de la penitenciaría.

Uno de los principales deberes del asesor de prisiones para con estas instituciones es el de mantener la seguridad y el control de los internos mediante una continua inspección y observación de sus actividades. Para ser considerado candidato a asesor de prisiones, el solicitante debe estar en posesión de un permiso de conducir válido en Alabama, tener un diploma de una escuela secundaria o su equivalente, no tener defectos físicos, tener una edad comprendida entre los 20 1/2 y los 45 años años en el momento del contrato, una estatura comprendida entre un mínimo de 5 pies y 2 pulgadas y un máximo de 6 pies y 10 pulgadas y un peso comprendido entre 120 y 300 libras. La selección se hace por méritos y se asigna un grado a cada persona según su experiencia y titulación. No hay exámenes escritos.

Mientras el presente proceso se hallaba en el Tribunal de Distrito, la Oficina Correccional empleaba un total de 435 personas en los distintos puestos de asesor de prisiones; 56 de los cuales eran mujeres. De estas 56 mujeres, 21 estaban prestando servicios en la prisión de mujeres Julia Tutwiler; 13 en puestos de no contacto en los 4 establecimientos para hombres de máxima seguridad y las restantes 22 estaban en las demás instituciones dependientes de la Oficina Correccional de Alabama. Debido a que la mayoría de los presos de Alabama están recluidos en los cuatro establecimientos de máxima seguridad reservados a los hombres, de un total de 435 puestos de asesor de prisiones, 336 se hallan en dichas instituciones y la mayoría están clasificados como puestos de «contacto». Por lo tanto, aún cuando se cumpla la estatura y el peso requeridos por la ley, según el artículo 204 del Reglamento, las mujeres solicitantes sólo pueden concursar con los hombres para un 25% aproximado de las plazas de asesor de prisiones existentes en el sistema penitenciario de Alabama.

II

A

La base de la alegación de que la estatura y el peso requeridos por la ley son discriminatorios para las mujeres no quiere decir que sean discriminatorios de forma premeditada, hay que afirmar, más bien, que esas condiciones, que a primera vista son neutrales, sirven de hecho, de forma desproporcionada, para discriminar y excluir a muchas mujeres de los puestos de trabajo de la Oficina Correccional de Ala-

bama. En los casos *Griggs c/ Duke Power Co., supra* y *Albemarle Paper Co. c/ Moody,* 422 U.S. 405, tuvimos que resolver idénticas alegaciones basadas en que las cualificaciones laborales, aparentemente neutras, excluían del trabajo a los negros; casos que ahora deben servirnos de pauta para abordar esta cuestión.

En aquellos casos quedó claro que para establecer «prima facie» un supuesto de discriminación, el demandante no necesitaba más que demostrar que las cualificaciones en cuestión, aparentemente neutras, operaban como una selección de candidatos de carácter claramente discriminatorio. Una vez demostrado que las exigencias laborales eran de efectos discriminatorios, el empresario corría con «la carga de demostrar que todos estos requisitos (tenían)... una manifiesta relación con la clase de trabajo en cuestión». *Griffs c/ Duke Power Co. supra, al 432.* Si el empresario conseguía probar que los requisitos que se impugnaban por discriminatorios eran inherentes al trabajo, entonces el demandante podía intentar demostrar que otros medios de selección, sin efectos discriminatorios, también «servirían a los intereses legítimos del empresario para obtener «una forma de trabajo eficiente y digna de confianza». *Albemarle Paper Co. c/ Moody, supra, al 425,* citando la sentencia del caso *McDonnell Douglas Corp. c/ Creen,* 411 U.S. 792, 801.

Si bien las mujeres de 14 o más años forman el 52,75% de la población de Alabama y el 36,89% del total de la población laboral, sólo detentan, en cambio, el 12,9% de los puestos de asesor de prisiones. Considerando los efectos de unas exigencias mínimas de peso y estatura sobre la disparidad proporcional en la contratación de individuos de ambos sexos, el Tribunal de Distrito halló que la exigencia de 5 pies y 2 pulgadas operaría como una exclusión del 33,29% de las mujeres norteamericanas comprendidas entre los 18 y 79 años, mientras que sólo excluiría al 1,28% de los hombres de las mismas edades. La exigencia de 120 libras de peso excluiría al 22,29% de las mujeres y al 2,35% de los hombres de ese grupo de edades. Si se combinan las limitaciones por el peso y la estatura, los requisitos legales impuestos en Alabama excluirían al 41,13% de la población femenina y a menos del 1% de la masculina. En consecuencia, el Tribunal de Distrito concluyó que la Sra. Rawlinson había demostrado «prima facie» la existencia de un caso de discriminación sexual ilícita...

B

[Los apelantes aducen] que la demostración «prima facie» de un caso de discriminación ha sido desvirtuada al probar que las exigencias de estatura y peso están relacionadas con el puesto de trabajo. Estas exigencias, dicen, tienen relación con la fuerza física que se requiere en cierta medida, suficiente, pero indeterminada, para la ejecución eficaz del trabajo de asesor de prisiones. Ello no obstante, en el Tribunal de Distrito los apelantes no solicitaron prueba alguna para demostrar la relación de los requisitos de peso y estatura con la exigencia del trabajo en cuestión. No ofrecieron, en verdad, prueba de ninguna clase para demostrar de forma concreta la necesidad de las mencionadas exigencias legales.

En el caso de que los apelantes hubieran creído «bona fide» que las referidas condiciones eran necesarias para el trabajo en cuestión, hubiesen podido conseguir su propósito adoptando y legalizando un test para los solicitantes que midiera directamente su fuerza física. Un test así, aplicado correctamente, hubiera satisfecho plenamente los requisitos del Título VII, porque hubiera «valorado a la persona en relación con el trabajo, y no a la persona en abstracto» *Griggs c/ Duke Power Co.,* 401 U.S. al 436. Pero no hay nada en estos autos que se parezca, ni de lejos, a una valoración de tal naturaleza.

Por las razones expuestas resulta que el Tribunal de Distrito acertó al sostener que el Título VII de la Ley de Derechos Cívicos de 1964 modificada, prohibe la aplicación de las exigencias legales sobre peso y estatura a la Sra. Rawlinson y al sexo al que pertenece.

III

Diferentemente a los requisitos legales de peso y estatura, el Reglamento 204 discrimina explícitamente a las mujeres a causa de su sexo. En justificación de esta patente discriminación, los apelantes invocan el párrafo 703 del Título VII 42 U.S.C. § 2000e-2(e) que autoriza una discriminación basada en el sexo «en aquellos casos en que... el sexo... sea una exigencia laboral de 'buena fe', razonablemente necesaria para el normal funcionamiento de un trabajo o empresa en particular».

Estamos convencidos —por el lenguaje restrictivo del párrafo 703 (e), los debates legislativos sobre la cuestión y la interpretación acorde de la Comisión para la igualdad de oportunidades en el empleo— de que la excepción basada en la buena fe tiene un alcance extremadamente limitado con respecto a la prohibición general de discriminación basada en motivos de sexo. Sin embargo, en las particulares circunstancias de hecho de este caso no creemos que el Tribunal de Distrito acertara al rechazar la pretensión del Estado de que el Reglamento 204 cae dentro del estrecho cauce de la excepción de la buena fe.

El ambiente en las penitenciarías de Alabama es particularmente inhóspito para los seres humanos de uno y otro sexo. Ciertamente, como dijo un Tribunal de Distrito, las condiciones de internamiento en las prisiones del Estado se caracterizan por una «desenfrenada violencia» y una «atmosfera selvática» y son constitucionalmente intolerables (Pugh c. Locke, 406 F. Supp. 318, 325 MD Ala.). De los presentes autos resulta que, a causa de un personal y un equipo inadecuados, no se ha intentado aún clasificar ni separar a los internos de las cuatro penitenciarías masculinas de máxima seguridad según los tipos de delito o su nivel de peligrosidad; procedimiento que, según la opinión de los expertos, es esencial para cualquier administración penitenciaria eficaz. Por consiguiente, el 20% de los hombres internos, que son delincuentes sexuales, se hallan dispersos por entre los diversos dormitorios de las penitenciarías.

En este ambiente de violencia y desorganización, sería una simplificación exagerada el definir el Reglamento 204 como «el ejercicio de un paternalismo romántico» (Cf. Frontiero c. Richardson, 411 U.S. 677, 684). Normalmente, el argumento de que un trabajo en particular es demasiado peligroso para las mujeres puede tener réplica adecuada diciendo que lo que pretende el Título VII es permitir que sea cada mujer en particular la que juzgue por sí misma. En el presente caso, sin embargo, se trata de algo más que de una particular decisión de una mujer, de calibrar y aceptar o no los peligros de un empleo en un puesto «de contacto» de una prisión de hombres de máxima seguridad.

Lo esencial del trabajo de un asesor de prisiones es mantener la seguridad en la prisión. La capacidad relativa de una mujer para mantener el orden en una penitenciaría de hombres de máxima seguridad y sin clasificación de penados, del tipo de las de Alabama, podría verse precisamente reducida a causa de su sexo. De hecho, hay base suficiente para temer que los delincuentes sexuales que han atacado criminalmente a mujeres intentasen hacerlo de nuevo si se permitiera el acceso de las mujeres a la prisión. Existiría también un riesgo real de que otros penados, privados del normal ambiente heterosexual, atacasen a las mujeres guardianes por el hecho de ser mujeres. En un sistema penitenciario en donde la violencia está al orden del día; en donde los penados tienen acceso a la sala de los guardianes por facilitarlo la configuración de las salas-dormitorio; en donde falta personal en todas las instituciones y en el que una parte substancial de los internos se compone de delincuentes sexuales, mezclados al azar con los demás penados, hay pocos medios disuasorios tangibles para evitar los ataques a las mujeres guardianes...

En estos autos figuran importantes dictámenes de los peritos de ambas partes en el sentido de que el emplear a mujeres en las presentes circunstancias y en las penitenciarías de hombres de máxima seguridad de Alabama como guardianes para pues-

tos «de contacto» plantearía un grave problema de seguridad, directamente relacionado con el sexo de tales guardinaes. En base a estas pruebas concluimos que el Tribunal de Distrito incurrió en error al fallar que la exigencia del sexo masculino no era una cualificación laboral de «buena fe» para el trabajo de asesor de prisiones en un puesto «de contacto» en una penitenciaría masculina de máxima seguridad de Alabama.

Consecuentemente revocamos parcialmente la sentencia y remitimos la causa al Tribunal de Distrito para las ulteriores actuaciones que deberán ser acordes con la presente sentencia.

Así por esta nuestra sentencia, lo ordenamos, mandamos y firmamos.

El Magistrado Sr. Marshall, a quien se une el Magistrado Sr. Brenna, expresa, en parte, su acuerdo y su disentimiento de la sentencia.

Estoy completamente de acuerdo con el análisis del Tribunal sobre los requisitos de estatura y peso para los guardianes de prisiones y con la conclusión de que tales restricciones discriminan por motivos de sexo, en contra de lo dispuesto en el Título VII... Sin embargo, debo expresar mi respetuosa discrepancia con la aplicación de la excepción de la buena fe que el Tribunal hace en la presente causa.

Resulta que, desde el punto de vista del Tribunal, el verdadero factor impeditivo es «la condición femenina misma de la trabajadora» (Ante, at 336). El Tribunal se refiere a un gran número de delincuentes sexuales en las prisiones de Alabama y a «la posibilidad de que los internos agrediesen a las mujeres por ser mujeres» Ibid. En resumen, la razón fundamental de la sentencia es la de que las mujeres guardianes generarían agresiones sexuales. Con todos los respetos, esta razón fundamental perpetúa lastimosamente uno de los mitos más antiguos e insidiosos sobre las mujeres; el de que las mujeres son, deliberadamente o no, objetos de seducción sexual. El efecto de la sentencia, dictada, estoy seguro, con la mejor de las intenciones, es el de penalizar a las mujeres en base a que su misma presencia puede provocar agresiones sexuales. Es a las mujeres a las que se hace pagar el precio de las oportunidades laborales perdidas por la amenaza de una conducta depravada de los internos de la penitenciaría. Podemos decir una vez más que «el pedestal en el que se ha colocado a la mujer... visto de cerca, resulta ser una jaula» (Sail'er Inn, Inc. c. Kirby, 5 Cal. 3d 1, 20, 485 P.2d 529, 541 (1971)). Es especialmente irónico que en ese caso se construya la jaula en respuesta a la temida mala conducta de los penados internos.

. . .

La respuesta correcta a las inevitables agresiones a guardianes, hombres o mujeres, no es la de limitar las oportunidades de trabajo de las mujeres que, de acuerdo con la Ley, desean colaborar con su comunidad, sino el tomar acciones punitivas, rápidas y seguras, contra los internos agresores. Presumiblemente, uno de los fines del sistema penitenciario de Alabama sea el de erradicar las formas de conducta antisocial de los penados, de modo que los internos sean capaces algún día de vivir, libres, en sociedad. Los delincuentes sexuales pueden empezar este camino aprendiendo a relacionarse con mujeres guardianes de una forma socialmente aceptable. El privar a las mujeres de oportunidades laborales a causa de la amenaza que representa la conducta de los delincuentes convictos es invertir el orden de nuestras prioridades sociales.

Louie c/ Bamboo Gardens et al.

67 Ida. 469, 185 P.2d 712 (1947)

Magistrado Sr. Miller.

El presente caso ya llegó a la consideración de la Oficina de Accidentes de Trabajo con un acuerdo entre las partes sobre los hechos. De los autos, entre otras cosas, resulta:

Que Tom Louie, demandante y apelante, de unos 45 años de edad, el 18 de octubre de 1946, se hallaba trabajando como lavaplatos, desde hacía más de tres meses, en Bamboo Gardens, un restaurante de Boise, Idaho. Que conoció por casualidad a un tal Fook Lee Hong, que era también chino, pero que ni era dueño ni cliente de Bamboo Gardens; ni había comido nunca allí, ni tenía intereses de ningún tipo en el negocio. El 21 de septiembre de 1946, Fook Lee Hong y tres chinos más habían sido detenidos por una acusación de drogas por funcionarios de los Estados Unidos. Hacia finales del mes de septiembre de 1946, Hong fue multado con 50 dólares por el Juez de Distrito de los EE.UU. en Boise, Idaho, por la mencionada acusación y puesto luego en libertad. Hong era un veterano licenciado de la II Guerra Mundial. Después de ser puesto en libertad por una infracción de la Ley de Drogas, 26 U.S.C.A. Int. Rev. Code, pp. 2.550 et seq. 3220 et seq., fue víctima, al parecer, de la creencia ilusoria de que se le acusaba de haber manipulado «las pruebas del Fiscal del Estado» y de que alguien iba a matarle. Después de haber sido puesto en libertad, el 18 de octubre de 1946, declaró a un Ayudante del Fiscal de los EE.UU. que miembros de una sociedad secreta china, a la que pertenecía Tom Louie, pero no Hong, iban a contratar a una banda de Walla Walla, Washington to Boise, Idaho, para matarle, porque los miembros de dicha sociedad secreta pensaban que había proporcionado pruebas contra sus antiguos compañeros en la denuncia por drogas. Que durante varios días antes del 18 de octubre de 1946, había estado más o menos oculto en la sede de la Legión Americana en Boise, Idaho, afirmando que alguien intentaba matarle. El Fiscal de Ada County, Idaho, después de las investigaciones oportunas, resolvió que no había motivos razonables para sospechar que alguien fuera a matarle, sino que en su propia mente era víctima de la creencia ilusoria de que se atentaría contra su vida.

El 18 de octubre de 1946, alrededor de las 17,45 h. el demandante y apelante Tom Louie fue herido en horas de trabajo, durante la prestación del mismo, mientras realizaba las tareas para las que había sido contratado en el domicilio del empresario, Calle 7.ª, n.º 107 South Boise, Idaho. Sucedió que cuando cogía los vasos de agua de la cocina para servir una mesa en el comedor, entró Fook Lee Hong en el restaurante, por la puerta frontal que da a la calle 7.ª, llevando consigo un revolver cargado del calibre 38, que esgrimía de forma amenazadora, y disparó con él tres veces en el interior del restaurante, en una de las cuales alcanzó a Tom Louie, demandante y apelante, en la parte alta de la espalda, perforándole la cavidad torácica y los pulmones. El accidente y la herida sufrida por el demandante y apelante, se notificaron al empresario en la tarde del 18 de octubre de 1946. El 30 de octubre de 1946 se presentó una demanda por escrito a la Oficina de accidentes de trabajo en la que constaba el nombre y dirección del empresario, la hora, lugar, naturaleza y causa de la herida y firmada por el demandante y apelante. Como consecuencia de la herida recibida el demandante y apelante tuvo que ser ingresado en el St. Luke's Hospital, en Boise, Idaho, por un período que va desde la tarde del 18 de octubre de 1946 hasta el 9 de noviembre, inclusive, del mismo año. El demandante y apelante pagó la suma de 475,55 dólares por gastos médicos y hospitalarios. El repetido demandante y apelante se hallaba aún bajo cuidados médicos cuando se presentaron, de común acuerdo, las alegaciones de hechos a la Oficina de accidentes de trabajo. Por el entonces, se halla-

ba totalmente incapacitado para el trabajo y continuaría en este estado por un período de tiempo a determinar ulteriormente. Quirúrgicamente no estaba de alta todavía y había de determinarse si iba a quedarle alguna lesión permanente y, en tal caso, el grado o consecuencias de la misma.

El 21 de octubre de 1946 o un día próximo a esta fecha, se presentó querella criminal contra Fook Lee Hong por el Fiscal de Boise, Idaho, y el 31 de octubre de 1946 se citó a Hong para que respondiera ante el Tribunal de Distrito del delito cometido contra Tom Louie, con un arma que podía causarle la muerte y por intento de cometer asesinato. El 1 de noviembre de 1946 se presentó la acusación al repetido Tribunal de Distrito culpando a Hong de una agresión con intento de asesinato. Se presentó un escrito en la I.C.A. Sec. 19-3203 afirmando que Fook Lee Hong era una enajenado mental. La cuestión fue sometida al jurado que emitió un veredicto de enajenación mental y que fue presentado y debidamente registrado en el Tribunal de Distrito el 18 de noviembre de 1946. El 20 de noviembre de 1946, el repetido Tribunal de Distrito mandó ingresar a Hong en el Hospital Estatal South, en Blackfoot, Idaho, para ser custodiado, a causa de haber sido declarado en situación de enajenación mental, como se dijo antes.

La Oficina de accidentes de trabajo consideró los hechos fijados en el acuerdo de 6 de enero de 1947 y redactó sus antecedentes de hecho y fundamentos jurídicos resolviendo desestimar la reclamación del apelante. Los antecedentes de hecho siguen, casi literalmente, los ya acordados por las partes. El antecedente n.º 7, entre otras cosas dice: «La única cuestión planteada es una cuestión de Derecho. Se ha reconocido que la lesión accidental sufrida por el demandante Tom Louie se produjo mientras éste trabajaba en Bamboo Gardens. El punto está en precisar si dicha lesión accidental se produjo o no a consecuencia del trabajo en cuestión». No existe discusión alguna sobre los hechos.

No hallamos prueba alguna que demuestre que Fook Lee Hong, cuando entró en el restaurante en el que estaba empleado Tom Louie, o cuando disparó la bala que le causó la lesión del accidente, estuviese buscándole a él o tuviese algún agravio real o imaginario contra él. No hay prueba alguna que demuestre que cuando Hong entró en el restaurante supiera que Tom Louie trabajaba allí o que le encontraría allí. En la conversación que tuvo con varios agentes, en ningún momento mencionó a Tom Louie y la única forma en que parece haya existido una relación entre Tom Louie y la creencia ilusoria de Hong, es que aquél era miembro de una sociedad secreta china que, según Hong, iba a traer una banda de Walla Wall para matarle.

Sin embargo, puede decirse que carece de importancia el saber si dicho Hong buscaba o no a Tom Louie cuando disparó, ni si tenía algún agravio real o imaginario contra él. El hecho es que se trata de un accidente de trabajo y según la legislación sobre indemnizaciones laborales el demandante y apelante tiene derecho a percibir una indemnización por los daños recibidos y la lesión antes mencionada.

De acuerdo con el espíritu de la Ley, la tendencia doctrinal moderna es la de otorgar una compensación en todos los supuestos en que una interpretación amplia de la Ley la pueda justificarla. Incluso desde la perspectiva de una amplia interpretación, no basta que el demandante alegue que el accidente no hubiese acaecido si no hubiese estado trabajando en aquel puesto en concreto o si no se hubiese encontrado en aquel lugar en particular. Debe ir más lejos y demostrar que el accidente surge a consecuencia de lo que estaba haciendo en el curso de su trabajo y que debido a la naturaleza de su trabajo estaba expuesto a determinados peligros en particular.

. . .

Parece que la prueba practicada en el presente caso justifica la conclusión de que la lesión fue el resultado de los riesgos a los que el apelante se hallaba sujeto en el curso de su trabajo, y a los que no hubiese estado sujeto si no hubiese estado ocupando aquel puesto. El apelante resultó lesionado, no simplemente por ser un lavaplatos en el restaurante de Bamboo Gardens, sino porque era un empleado del interior del restaurante Bamboo Gardens, y contratado para la realización de los trabajos que su empleo comportaba. Fue su trabajo lo que le colocó en una situación y en un marco en el que fue agredido y del que resultó la lesión del accidente. El apelante no provocó, en modo alguno, el ataque y los subsiguientes cuidados por la lesión del accidente. En el mismo momento de producirse la lesión estaba contratado y se hallaba en la empresa de su patrono. Nada hay que demuestre que el blandir la pistola y el dispararla fuese con la intención deliberada de herir al apelante. De los autos se desprende que la intención del agresor puede haberse limitado a «disparar en aquel lugar» y que, casualmente, haya alcanzado al apelante.

La resolución de la mencionada Oficina rehusando la indemnización constituye un claro error de Derecho. Por consiguiente, queda revocada tal resolución y se dejan formuladas las directrices que deberán ser tenidas en cuenta en las ulteriores resoluciones que sen precisas para estimar la demanda del apelante y fallar de acuerdo con las pruebas y con el Derecho aplicable, interpretado según los criterios expresados en la presente. El pronunciamiento sobre las costas es favorable al apelante.

Marvin c/ Marvin

18 Cal.3d 660, 557 P.2d 106, 134 Cal.R. 815 (1976)

Magistrado Sr. Tobriner.

La parte demandante afirma que en el mes de octubre de 1964 ella y el demandado «llegaron al acuerdo verbal» de que mientras «ambos vivieran juntos unirían sus esfuerzos y sus ganancias y se repartirían a partes iguales todos y cada uno de los bienes que adquiriesen como producto de sus esfuerzos individuales o conjuntos». Por lo demás, también acordaron «presentarse como marido y mujer al público en general» y que la demandante, además, «sería su compañera y prestaría servicios de ama de casa y cocinera».

Poco tiempo después, la demandante se avino a «abandonar la lucrativa carrera que tenía como artista de variedades (y) cantante» para poder «dedicar todo su tiempo al demandado... como compañera, ama de casa y cocinera»; a cambio el demandado accedió a «proveer al mantenimiento económico de la actora y a todas sus necesidades para el resto de su vida».

Alega la demandante que vivió con el demandado desde octubre de 1964 hasta mayo de 1970 y cumplió con las obligaciones acordadas en el pacto. En ese período, las partes, como consecuencia de sus esfuerzos y ganancias, compraron, a nombre del demandado, bienes muebles e inmuebles de importancia, incluidos los derechos sobre películas, de un valor superior a un millón de dólares. Ello no obstante, en mayo de 1970, el demandado obligó a la demandante a dejar el hogar. Continuó a proveer a su mantenimiento hasta el mes de noviembre de 1971, pero desde entonces rehusó prestarle más ayuda.

En base a estas alegaciones la demandante acciona por dos causas. Por la primera, con el fin de obtener una declaración de alimentos, pide al Tribunal que se pronuncie sobre el contrato y-o sobre los derechos de propiedad; y por la segunda, trata

de conseguir una hipoteca legal sobre la mitad de las propiedades adquiridas durante el curso de sus relaciones.

El demandado planteó, con éxito, distintas dilatorias y al fin contestó a la demanda. Después de una extensa exhibición de bienes y de otros incidentes perjudiciales, la causa fue a juicio. El demandado reiteró su oposición a la demanda solicitando la absolución.

Después de la vista, el Tribunal dictó sentencia estimando la petición del demandado.. [la demandante] apeló dicha resolución.

El demandado se basa principalmente, y casi únicamente, en la pretensión de que el contrato aducido está relacionado tan de cerca con el carácter supuestamente «inmoral» de sus relaciones con la demandante que la ejecución del mismo sería contrario al orden público. Cita varias sentencias que recogen la doctrina de que un contrato entre dos personas no casadas que viven maritalmente no puede ejecutarse si «envuelve» unas relaciones ilícitas... o si se ha otorgado «en atención» a dichas relaciones... Sin embargo, el estudio de las numerosas sentencias de California que se refieren a contratos entre personas que hacen vida marital revela que los Tribunales no utilizaron fórmulas tan amplias y vagas para anular tales contratos. Esas sentencias, por el contrario, discurren por un razonamiento más estrecho y preciso: el contrato otorgado entre dos personas que hacen vida marital no es ejecutable sólo *en la medida* en que, de forma *explícita,* se base en consideraciones inmorales o ilícitas o en actos de prostitución sexual.

Aunque las sentencias del pasado se ciernan sobre esta cuestión en forma deshilvanada, como las figuras de un cuadro de Chagall, de ellas podemos sacar un principio claro y sencillo. El hecho de que un hombre y una mujer vivan jusntos sin estar casados y mantengan una relación sexual, no invalida, por sí solo, los pactos que hayan convenido en relación con sus ganancias, sus gastos o sus bienes. Tampoco puede decirse que un contrato sea nulo simplemente porque las partes puedan haber contemplado en su otorgamiento el inicio o la continuación de unas relaciones maritales no matrimoniales. Los pactos entre tales personas serán ineficaces sólo en la medida en que se hagan en consideración a actos de prostitución sexual. Por lo tanto, el principio invocado por el demandado de que un contrato es nulo si «envuelve» o se hace «contemplando» unas relaciones maritales no matrimoniales no es acorde con la doctrina estudiada.

. . .

En resumen, hemos de fundar nuestra sentencia en el principio de que las personas adultas que voluntariamente viven juntos y mantienen relaciones sexuales están, a pesar de ello, tan capacitadas como las demás para contratar sobre sus ganancias y derechos de propiedad. No pueden, desde luego, contratar válidamente el pago por determinados actos sexuales, pues tal contrato es, esencialmente, un acuerdo para la prostitución y por eso es ilícito. Pero pueden convenir poner en común sus ganancias y adquirir los bienes que obtengan durante sus relaciones de acuerdo con los preceptos que regulan la comunidad de bienes; por el contrario, pueden también acordar que las ganancias de cada uno y los bienes que se adquieran con ellas sigan perteneciendo, por separado, a cada uno en exclusiva. Mientras el acuerdo no se funde en razones ilíticas de prostitución, las partes pueden regir sus asuntos económicos como les plazca y nada hay que impida a los Tribunales ejecutar tales contratos.

. . .

(...) Creemos que la generalización de las relaciones maritales no matrimoniales en la sociedad moderna y su aceptación social demuestra que vivimos en unos tiempos en que los Tribunales no deben, en modo alguno, aplicar la doctrina de la ilicitud de las llamadas relaciones maritales al caso presente. Como dijimos antes, la no ejecutabilidad de los contratos suscritos expresamente para regular una conducta meretricia, se basaba en que tal conducta, como la misma palabra sugiere, pertenecía a una prostitución implícita. Poner al mismo nivel las relaciones maritales no matrimoniales de hoy en día con aquel tipo de conducta es tener que violentar una práctica aceptada y totalmente diferente.

Somos conscientes de que muchas parejas jóvenes viven juntos sin haber pasado por la forma solemne del matrimonio con el fin de asegurar el que, más tarde, puedan contraer matrimonio con garantías de éxito. Este período de prueba, preliminar al matrimonio, sirve de alguna manera como una garantía de que el matrimonio no terminará disuelto con daño para ambas partes. Somos conscientes, como ya hemos dicho, de las distintas situaciones de vida en común no matrimonial, cada vez más numerosas.

Las costumbres sociales, ciertamente, han cambiado de forma tan radical en lo que se refiere a la cohabitación que no podemos imponer un modelo basado en las consideraciones morales alegadas que, aparentemente, han sido ya abandonadas por tantas personas. Pero para que no se nos interprete mal, hemos de aprovechar esta ocasión para señalar que la propia estructura de la sociedad depende en gran medida en la institución del matrimonio y nada de lo que hemos dicho en esta sentencia ha de tomarse en el sentido de atentar contra esta institución. La unión en matrimonio de un hombre y una mujer es, a la vez, la relación social más fecunda y la relación personal más completa de la que uno pueda gozar en toda una vida.

. . .

Hay que concluir diciendo que deben suprimirse las barreras judiciales que puedan subsistir para la satisfacción de las expectativas razonables de las partes dentro de unas relaciones maritales no matrimoniales. Como ya hemos argumentado, en la actualidad, los Tribunales mantienen que esos acuerdos expresos son ejecutables salvo si se basan en una causa ilícita de prostitución. Debemos añadir, que a falta de acuerdo expreso, los Tribunales pueden contemplar una variedad de soluciones distintas para proteger las legítimas expectativas de las partes.

Los Tribunales pueden examinar la conducta de las partes para determinar si tal conducta revela la existencia de un contrato o acuerdo implícito de sociedad o de cuentas en participación (véase el caso Herencia de Thornton (1972) 81 Wash. 2d 72, 499 P. 2d 864), o algún otro acuerdo tácito entre ellas. Si lo estiman procedente, los Tribunales pueden aplicar los principios del negocio fiduciario presunto o tácito (véase el caso Hyman c. Hyman (Tex. Civ. App. 1954) 275 S.W. 2d 149). Por último, el compañero o compañera en una relación marital no matrimonial tiene derecho a que se le pague lo que le sea debido por el costo razonable de los servicios domésticos prestados, deducido el valor de lo recibido para su sostén, siempre que pueda demostrar que la prestación de tales servicios se hizo a cambio de una compensación económica.

Una vez establecido que, si bien en la demanda se alega como causa de accionar la de un incumplimiento de contrato expreso, ésta puede modificarse afirmando otra distinta, debemos concluir diciendo que el Tribunal de instancia erró al fallar a favor del demandado en la fase alegaciones.

Se revoca la sentencia y se devuelven los autos para que se dicten las correspondientes resoluciones de acuerdo con los criterios expresados en la presente sentencia.

Con los votos de los Sres. Wright, C.J., y McComb, Mosk, Sullivan y Richardson, JJ.

Notas

PREFACIO

[1]John G. Wells, *Every Man His Own Lawyer and Business Form Book* (1867), pp. 3-5.

CAPITULO 1

[1]Donald Black, *The Behavior of Law* (1976), p. 2.

[2]H.L.A. Hart, *The Concept of Law* (1961), pp. 89-96.

[3]408 U.S. 238 (1972). Las citas legales, como ésta, suelen empezar con el número del volumen (aquí el 408). Después se da el nombre de la colección de la cual forma parte el volumen en cuestión. Los casos del Tribunal Supremo de los Estados Unidos se recogen en una colección que, de forma abreviada, se denomina «U.S.». Los casos de los Tribunales federales inferiores vienen en una colección que de forma abreviada se denomina «Fed.» o «F. Supp.» (véase la nota 5). El segundo número de la cita es el número de la página del volumen mencionado (aquí la 238). Finalmente se indica la fecha.

[4]Richar L. Abel, «A Comparative Theory of Dispute Institutions in Society», *Law & Society Review* 8 : 217, 227 (1973).

[5]Blanks v. Richardson, 439 Fed.2d 1158 (5th Circuit, 1971).

[6]McIlvaine c. Pennsylvania State Police, 454 Pa. 129, 309 Atl. 2d 801 (1973). Véase la nota 4. Nótese la abreviatura del Estado («Pa.») que señala la serie de volúmenes en donde se publican las sentencias del Tribunal Supremo de Pennsylvania. «Atl.» significa «Atlántico» y la referencia se hace a las colecciones que agrupan la doctrina según las regiones del país (Pennsylvania, Delaware y New Jersey forman parte de los estados de la región del Atlántico). Si hay varias series de volúmenes, la numeración empieza, a veces, con una indicación de segunda («2d») o incluso de tercera serie. Hay muchos otros signos y convenciones para las citas, pero los indicados en estas notas son quizás los más generales.

[7]415 U.S. 968 (1976).

[8]John H. Merryman, *The Civil Law Tradition* (1969), p. 11.

CAPITULO 2

[1]Lon L. Fuller, *The Morality of Law* (1964), p. 106.

[2]Citado en Stewart Macaulay, «Private Government», in Leon Lipson and Stanton Wheeler, eds. *Law and Social Science* (in press).

[3]Frank Morn, *The Eye That Never Sleeps: A History Of The Pinkerton National Detective Agency* (1982).

[4]Goss v. Lopez, 419 U.S. 565 (1975).

[5]Leigh-Wai Doo, «Dispute Settlement in Chinese-American Communities», *American Journal of Comparative Law* 21 : 627, 647-68 (1973).

[6]*Wall Street Journal,* August 6, 1980.

[7]El término viene de Robert H. Mnookin and Lewis Kornhauser, «Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce», *Yale Law Journal* 88 : 950 (1979).

[8]Comisión del vicio de Chicago, *The Social Evil in Chicago* (1911), p. 329.

[9]Richard Maxwell Brown, *Strain of Violence: Historical Studies of American Violence and Vigilantism* (1974), chap. 4.

[10]Odie B. Faulk, *Dodge City: The Most Western Town of All* (1977), p. 152.

[11]Brown, *Strain of Violence,* p. 129.

[12]Ibid., pp. 150-51.

[13]John C. Schneider, *Detroit and the Problem of Order, 1830-1880* (1980) pp. 26-27.

[14]Pauline Maier, «Popular Uprisings and Civil Authority in Eighteenth-Century America», *William and Mary Quarterly,* 3rd ser. 27 : 3-35 (1970).

[15]Ver Allan G. Bogue, «The Iowa Claim Clubs: Symbol and Substance», *Mississippi Valley Historical Review* 45 : 231 (1958).

[16]Peter A. Munch, «Sociology of Tristan da Cunha», p. 305 in *Results of the Norwegian Scientific Expedition to Tristan da Cunha, 1973-1938,* Erling Christopherson, ed., vol. 1, Oslo, 1946.

[17]Breen v. Kahl, 419 Fed.2d 1034 (1969).

CAPITULO 3

[1]Douglas Greenberg, *Crime and Law Enforcement in the Colony of New York, 1691-1776* (1976), p. 43.

[2]Lawrence M. Friedman, *A History of American Law* (1973), p. 72; sobre el sistema en general, ver Richard B. Morris, *Government and Labor in Early America* (1946).

[3]Julius Goebel, Jr., «King's Law and Local Custom in Seventeenth-Century New England», *Columbia Law Review* 31 : 416 (1931).

[4]Richard B. Morris, *Studies in the History of American Law,* 2nd ed. (1959), pp. 75-81.

[5]Ver Herbert A. Johnson, *Imported Eighteenth-Century Law Treatises in American Libraries, 1700-1799* (1978).

[6]Ver Benjamin H. Hibbard, *A History of the Public Land Policies* (1924; reprint ed. 1965), pp. 1-14.

[7]George Dargo, *Jefferson's Louisiana: Politics and the Clash of Legal Traditions* (1975), p. 156 ff.

[8]Leon Litwack, *North of Slavery: The Negro in the Free States, 1790-1860* (1961), p. 3.

[9]Latimer v. Alexander, 14 Ga. 259 (1853).

[10]Ver Jerome H. Skolnick, *House of Cards: The Legalization and Control of Casino Gambling* (1978).

[11]Ver Norma Basch, *In the Eyes of the Law: Women, Marriage and Property in Nineteenth-Century New York* (1982).

[12]Pete Daniel, *The Shadow of Slavery: Peonage in the South, 1901-1969* (1972).
[13]Hibbard, *Public Land Policies*, pp. 102-3.
[14]Ibid., p. 118.
[15]J. Willard Hurst, *Law and Social Process in United States Social History* (1960), p. 69.
[16]Proprietors of the Charles River Bridge v. Proprietors of the Warren Bridge, 11 Pet. 420 (1837).
[17]Este caso se debate ampliamente en la obra de Stanley I. Kutler, *Privilege and Creative Destruction: The Charles River Bridge Case* (1971).
[18]Oscar and Mary Handlin, *Commonwealth: A Study of the Role of Government in the American Economy, Massachusetts, 1774-1861* (1969), p. 62.
[19]Stuart Bruchey, *The Roots of American Economic Growth, 1607-1861* (1968), p. 132.

CAPITULO 4

[1]Maureen Mileski, «Courtroom Encounters: An Observation Study of a Lower Criminal Court», *Law & Society Review* 5 : 473 (1971).
[2]Beatrice Moulton, «The Persecution and Intimidation of the Low-Income Litigant as Performed by the Small-Claims Court in California», *Stanford Law Review* 21 : 1657, 1662 (1969).
[3]Ver, en general, John C. Rohnka and Steven Weller, *Small-Claims Courts: A National Examination*, National Center for State Courts (1978).
[4]Judicial Council of California, 1982 Report, pp. 74-79.
[5]Cal. Const., Art. 6, Sec. 11.
[6]Ohio Rev. Code, Sec. 2505.29.
[7]Ver John A. Stookey, «Creating an Intermediate Court of Appeals: Workload and Plicymaking Consequences», in Philip L. Dubois, ed., *The Analysis of Judicial Reform* (1982), p. 153.
[8]Administrative Office of the Illinois Courts, 1978 Annual Report, pp. 104, 106.
[9]Gerhard Casper and Richard A. Posner, *The Workload of the Supreme Court*, American Bar Foundation (1976), pp. 3, 59.
[10]Const., Art. III, Sec. 2 (2).
[11]Arizona v. California, 373 U.S. 546 (1963).
[12]Neb. Rev. Stats., SEc. 24-204.
[13]Karen M. Knab, ed., *Courts of Limited Jurisdiction: A National Survey*, National Institute of Law Enforcement and Criminal Justice (1977), es la fuente de gran parte de este material.
[14]John H. Merryman, *The Civil Law Tradition* (1969), p. 111.
[15]Sheldon Goldman, «Judicial Appintments to the United States Courts of Appeals», *Wisconsin Law Review* 1967 : 186.
[16]Const., Art. II, Sec. 2 (2).
[17]Cynthia O. Philip, Paul Nejelski, and Aric Press, *Where Do Judges Come From?*, Institute of Judicial Administration (1976), introduction, pp. i, ii.
[18]Harry Kalven, Jr., and Hans Zeisel, *The American Jury* (1966).
[19]Ver Theodore F. T. Plucknett, *A Concise History of the Common Law*, 5th ed. (1956), pp. 673-707.
[20]Herbert Jacob, *Justice in America: Courts, Lawyers, and the Judicial Process*, 3rd ed. (1978), p. 200.
[21]Richard E. Miller and Austin Sarat, «Brievances, Claims, and Disputes: Assessing the Adversary Culture», *Law & Society Review* 15 : 525, 544 (1981).
[22]Ver H. Laurence Ross, *Settled Our of Court* (1970), pp. 20-21.
[23]Robert H. Mnookin and Lewis Kornhauser, «Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce», *Yale Law Journal* 88 : 950 (1979).

[24]National Center for State Courts, *State Court Load Statistics: Annual Report, 1975* (1979), p. 194.
[25]Judicial Council of California, 1978 Report, p. 100.
[26]Wayne McIntosh, «150 Years of Litigation and Dispute Settlement: A Court Tale», *Law & Society Review* 15 : 823, 838-40, (1980-81).
[27]Packing Company Cases, 105 U.S. 566 (1881).
[28]Robert A. Kagan et al., «The Business of State Supreme Courtst, 1870-1970», *Stanford Law Review* 30 : 121 (1977).
[29]Ver Rita J. Simon, *The Jury: Its Role in American Society* (1980).
[30]Kalven and Zeisel, *The American Jury*, pp. 286-97.
[31]Lawrence M. Friedman et al., «State Supreme Courts: A Century of Style and Citation», *Stanford Law Review* 33 : 773, 785-92 (1981).
[32]S. Sidney Ulmer, «The Political Party Variable in the Michigan Supreme Court», *Journal of Public Law* 11 : 352 (1962).
[33]Ver, en general, Joel B. Grossman, «Social Backgrounds and Judicial Decision-Making», *Harvard Law Review* 79 : 1551 (1966).
[34]James L. Gibson, «From Simplicity to Complexity: The Development of Theory in the Study of Judicial Behavior», *Political Behavior* 5 : 7 (1983).
[35]John Hagan, «Extra-Legal Attributes and Criminal Sentencing: An Assessment of a Sociological Viewpoint», *Law & Society Review* 8 : 357 (1974).
[36]Ilene H. Nagel, «The Legal/Extra-Legal Controversy: Judicial Decisions in Pretrial Release», *Law & Society Review* 17 : 481 (1983).
[37]Ver Walter F. Murphy, *Elements of Judicial Strategy* (1964).
[38]Henry R. Glick, *State Courts in State Politics: An Investigation of the Judicial Role* (1971).
[39]Ver Friedman et al., «State Supreme Courts: A Century of Style and Citation», *Stanford Law Review* 33 : 773 (1981); and John H. Merryman, «Toward a Theory of Citations: An Empirical Study of the Citation Practice of the California Supreme Court in 1950, 1960, and 1970», *Southern California Law Review* 50 : 381 (1977).

CAPITULO 5

[1]George S. Blair and Houston I. Flournoy, *Legislative Bodies in California* (1967), p. 62.
[2]369 U.S. 186 (1962).
[3]James Bryce, *The American Commonwealth*, 2nd ed. (1891), vol. 1, p. 190.
[4]James Driscoll, *California's Legislature* (1976), p. 171.
[5]Para un mayor desarrollo, ver Lawrence M. Friedman and Jack Ladinsky, «Social Change and the Law of Industrial Accidents», *Columbia Law Review*, 67 : 50 (1950).
[6]Citado en Charles M. Cook, *The American Codification Movement: A Study of Antebellum Legal Reform* (1981), p. 75.
[7]91 Stats. 1647, 1656-57; acts of June 27, 1977, November 14, 1977, November 15, 1977.
[8]Ala. Laws, 1849-50, Act No. 335.
[9]Ala. Laws, 1849-50, Act No. 392.
[10]Ill. Const. 1870, Art. IV, Sec. 22.
[11]For the background of the Sherman Act, see William Letwin, *Law and Economic Policy in America: The Evolution of the Sherman Antitrust Act* (1965).
[12]Ohio Code, Sec. 3715.59.
[13]443 U.S. 193 (1979).
[14]McBoyle v. United States, 283 U.S. 25 (1931).
[15]59 Stat. 536, act of September 24, 1945.
[16]Ohio Code, Sec. 3763.01 (A).

[17] Karl Llewellun, «Remarks on the Theory of Appellate Decision and the Rules or Canons about How Statutes Are To Be Construed», *Vanderbilt Law Review* 3 : 395 (1950).

[18] «The Re-evaluation of the Use of Legislative History in the Federal Courts», *Columbia Law Review* 52 : 125 (1952).

[19] Citado en Harry W. Jones, John M. Kernochan, and Arthur W. Murphy, *Legal Method: Cases and Text Materials* (1980), p. 432.

[20] Robert A. Dahl, *Pluralist Democracy in the United States: Conflict and Consent* (1967), p. 24.

[21] U.S.C.A., Tit 2, Sec. 267.

[22] John A. Ferejohn, *Pork Barrel Politics: Rivers and Harbors Legislation, 1947-1968* (1974), p. 2.

[23] Ver, en general, James Buchanan and Gordon Tullock, *The Calculus of Consent* (1962).

CAPITULO 6

[1] Tenn. Code, Sec. 63-1803 (1).

[2] 46 FEd. Reg. 38, 285; 56, 043 (1981).

[3] J. Willard Hurst, *Law and Markets in United States History* (1982), p. 107.

[4] Leonard D. White, *The Federalists: A Study in Administrative History* (1948), p. 177.

[5] Citado en Leonard D. White, *The Jacksonians: A Study in Administrative History, 1829-61* (1956), p. 550.

[6] Conn. Stats. 1854, p. 240.

[7] Spencer L. Kimball, Insurance and Public Policy (1960).

[8] Conn. Stats. 1866, p. 182.

[9] Ill. Laws, 1871-72, pp. 618, 635, 769.

[10] 94 U.S. 113 (1876).

[11] 24 Stats. 379, act of February 4, 1887.

[12] N.J. Laws, 1851, p. 37.

[13] N.H. Laws, 1858, Chap. 1777.

[14] Gabriel Kolko, *Railroads and Regulation, 1877-1916* (1965).

[15] 78 Stats. 241, tit. VII, 253, 258, act of July 2, 1964.

[16] Eugene Bardach and Robert A. Kagan, *Going by the Book: The Problem of Regulatory Unreasonableness* (1982), pp. 11-12.

[17] Texas Nat. Resources Code, Sec. 85.046(10).

[18] Cal. Bus. and Prof. Code, Sec.'s 3010, 3011.

[19] Marver Bernstein, *Regulating Business by Independent Commission* (1955).

[20] David Serber, «Resolution or Rhetoric: Managing Complaints in the California Department of Insurance», in Laura Nader, ed., *No access to Law: Alternatives to the American Judicial System* (1980), pp. 317, 339.

[21] 12 U.S.C.A., Sec. 45.

[22] *New York Times*, October 31, 1981, p. 10.

[23] 92 Stats. 1101 (1978).

[24] 38 U.S.C.A., Sec. 211a.

[25] Sobre el desarrollo de las normas sobre la legitimación, ver Richard B. Stewart, «The Reformation of American Administrative Law», *Harvard Law Review* 88 : 1669, 1723-1747 (1978).

[26] 295 U.S. 495 (1935).

[27] William H. Allen, citado en Walter Gellhorn, Clark Byse, and Peter L. Strauss, *Administrative Law: Cases and Comments*, 7th ed. (1979), p. 343.

CAPITULO 7

[1] Leonard D. White, *The Federalists: A Study in Administrative History* (1948), p. 123.

[2] James S. Young, *The Washington Community, 1800-28* (1966), pp. 28, 31.

[3] Mary K. Bonsteel Tachau, *Federal Courts in the Early Republic: Kentucky, 1789-1816* (1978).

[4] Thomas W. Church, Jr., et al., *Justice Delayed: The Pace of Litigation in urban Trial Courts*, National Center for State Courts (1978).

[5] Ibid., p. 83.

[6] Ver Jack W. Peltason, *Fifty-Eight Lonely Men: Southern Federal Judges and School Desegregation* (1961).

[7] Edwards v. California, 314 U.S. 160 (1941).

[8] Const., Art. IV, Sec. 2.

[9] Const., Art. IV, Sec. 2.

[10] Ver Paul Finkelman, *An Imperfect Union: Slavery, Federalism, and Comity* (1981).

[11] Paul v. Virginia, 75 U.S. 168 (1868).

[12] Ver, en general, Gilman M. Ostrander, *Nevada: The Great Rotten Borough* (1966).

[13] Lawrence M. Friedman, *A History of American Law* (1973), p. 439.

[14] Ver Jerome H. Skolnick, *House of Cards: The Legalization and Control of Casino Gambling* (1978).

[15] 247 U.S. 251 (1918).

[16] 156 U.S. 1 (1895).

[17] 379 U.S. 294 (1964).

[18] Bibb v. Navajo Freight Lines, Inc., 359 U.S. 520 (1959); Southern Pacific Co. v. Arizona, 325 U.S. 761 (1945).

[19] Dean Milk Co. v. Madison, 340 U.S. 349 (1951).

[20] Philadelphia v. New Jersey, 437 U.S. 617 (1978).

[21] Baldwin v. Montana Fish & Game Commission, 436 U.S. 471 (1978).

[22] 64 Stat. 1100, act of September 30, 1950.

[23] 79 Stat. 27, act of April 11, 1965.

[24] 82 Stat. 197, act of June 19, 1968.

CAPITULO 8

[1] Ver Craft v. Elder & Johnston Co., 34 Ohio Abs. 603, 38 N.E.2d 416 (1941).

[2] Stewart Macaulay, «Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study», *American Sociological Review* 28 : 55 (1963).

[3] Farwell v. Boston & Worcester Rr. Corp, 45 Mass. 49 (1842).

[4] Ver Lawrence M. Friedman and Jack Ladinsky, «Social Change and the Law of Industrial Accidents», *Columbia Law Review* 64 : 50 (1964).

[5] Mark A. Peterson and George L. Priest, *The Civil Jury: Trends in Trials and Verdicts, Cook County, Illinois, 1960-1979* (1982), p. 13.

[6] Marvin B. Sussman, Judith N. Cates, and David T. Smith, *The Family and Inheritance* (1970), p. 63.

[7] Ver, en general, Nelson Blake, *The Road to Reno: A History of Divorce in the United States* (1962).

CAPITULO 9

[1] Ga. Code, Sec. 16-11-61.

[2] E. Adamson Hoebel, *The Law of Primitive Man: A Study in Comparative Legal Dynamics* (1954), p. 28.

[3] Eric H. Monkkonen, «A Disorderly People? Uban Order in the Nineteenth and Twentieth Centuries», *Journal of American History* 68:539 (1981).
[4] Rhode Isl. Stats., Sec. 20-7-10.
[5] Fla. Stats. Ann., Sec. 370.12.
[6] U.S. Department of Justice, Bureau of Justice Statistics, *Criminal Victimization of California Residents* (1981), p. 45.
[7] Essex Institute, *Records and Files of the Quarterly Court of Essex County, Massachusetts, vol. 1, 1636-56* (1911), p. 380.
[8] Mark T. Connelly, *The Response to Prostitution in the Progressive ERa* (1980), p. 3.
[9] Ark. Laws, 1907, no. 380.
[10] 36 Stats. 825, act of June 25, 1910.
[11] 38 Stats. 785, act of December 17, 1914.
[12] Sobre la eclosión del interés en los delitos sin víctima, véase Lawrence M. Friedman, «History, Social Policy, and Criminal Justice», in David J. Rothman and Stanton Wheeler, eds., *Social History and Social Policy* (1981), p. 203.
[13] Ver John Kaplan and Jerome H. Skolnick, *Criminal Justice: Introductory Cases and Materials* (1982), pp. 105-9.
[14] Vera Institute of Justice, *Felony Arrests*, rev. ed. (1981), p. 3.
[15] Tex. Code Crim. Proc., Art. 19.06.
[16] Minn. Rules Crim. Proc., Rule 26.02(6).
[17] Ver Laurence J. Severance and Elizabeth F. Loftus, «Improving the Ability of Jurors to Comprehend and Apply Criminal Jury Instructions», *Law & Society Review* 17 : 153 (1982).
[18] Harry Kalven, Jr., and Hans Zeisel, *The American Jury (1966), p. 56.*
[19] *Rita J. Simon, The Jury: Its Role in American Society* (1980), p. 70.
[20] Michael O. Finkelstein, «A Statistical Study of Guilty Plea Practices in the Federal Courts», Harvard Law Review 89 : 293 (1975).
[21] Herbert Jacob, *Urban Justice: Law and Order in American Cities (1973), p. 103.*
[22] *Ver Anne M. Heinz and Wayne A. Kerstetter, »Pretrial Settlement Conference: Evaluation of a Reform in Plea Bargaining»*, *Law & Society Review* 13 : 349 (1979).
[23] Milton Heumann and Colin Loftin, «Mandatory Sentencing and the Abolition of Plea Bargaining: The Michigan Felony Firearm Statute», *Law & Society Review* 13 : 392, 424-26 (1979).
[24] John H. Langbein, «The Criminal Trial Before the Lawyers», *University of Chicago Law Review*, 45 : 263 (1978); Lawrence M. Friedman and Robert V. Percival, *The Roots of Justice: Crime and Punishment in Alameda County, California, 1870-1910* (1981), p. 194.
[25] Friedman and Percival, *Roots of Justice*, pp. 176-78.
[26] Raymond Moley, *Politics and Criminal Prosecution* (1930), pp. 159-64.
[27] Wilbur R. Miller, *Cops and Bobbies: Police Authority in New York and London, 1830-1870* (1977), p. 16.
[28] Ver Robert M. Fogelson, *Big City Police* (1977).
[29] Vera Institute, *Felony Arrests*, p. 8.
[30] Ver David J. Rothman, *The Discovery of the Asylum: Social Order and Disorder in the New Republic* (1971).
[31] Friedman, «History, Social Policy, and Criminal Justice», pp. 203, 209.
[32] Ibid., p. 207.
[33] Ver Austin Turk, *Criminality and Legal Order* (1969), p. 165.
[34] Alfred Blumstein et al., *Research on Sentencing: The Search for Reform*, vol. I (1983), pp. 88 ff.
[35] 384 U.S. 436 (1966).

[36] 372 U.S. 335 (1963).
[37] Kaplan and Skolnick, *Criminal Justice*, pp. 351-58.
[38] Ver Ronald Berkman, *Opening the Gates: The Rise of the Prisoner's Movement* (1979).
[39] Malcolm Feeley, *Court Reform on Trial: Why Simple Solutions Fail*, Twentieth Century Fund (1983), p. 208.
[40] Ibid., p. 128.
[41] Ver H. Laurence Ross, *Deterring the Drinking Driver* (1981), para los ejemplos norteamericanos y extranjeros.

CAPITULO 10

[1] 249 U.S. 45 (1919).
[2] 1 Cranch 137 (1803).
[3] 118 U.S. 356 (1886).
[4] 372 U.S. 335 (1963).
[5] 337 U.S. 1 (1949).
[6] Laurence H. Tribe, *American Constitutional Law* (1978), p. 13.
[7] Fletcher M. Green, *Constitutional Development in the South Atlantic States, 1776-1860* (1966), pp. 285-86.
[8] Ver, por ej., Indiana Const. 1851, Art. IV, Sec. 21.
[9] Lawrence M. Friedman, *A History of American Law* (1973), p. 312.
[10] Cal. Const., Art. 2, Sec. 8.
[11] Cal. Const., Art. 13A, aprobada en la votación del 6 de junio de 1978.
[12] 1 Cranch 137 (1803).
[13] 60 U.S. 393 (1857).
[14] Puede verse un tratamiento magistral y exhaustivo de este caso en Don E. Fehrenbacher, *The Dred Scott Case: Its Significance in American Law and Politics* (1978).
[15] 6 Cranch 87 (1810).
[16] 4 Wheat. 518 (1819).
[17] Charles Fairman, *Mar. Justice Miller and the Supreme Court, 1862-1890* (1939), p. 62.
[18] 198 U.S. 45 (1905).
[19] William Swindler, *Court and Constitution in the 20th Century: The Old Legality* (1969), pp. 344-45.
[20] 295 U.S. 495 (1935).
[21] 348 U.S. 483 (1955).
[22] Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965); Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973).
[23] 408 U.S. 238 (1972).
[24] *New York Times*, October 30, 1981, p. 10, col. 1.
[25] 290 U.S. 398 (1934).
[26] 1 Stat. 596, act of July 14, 1798.
[27] Va. Code, 1849, Tit. 54, Chap. 198, Sec. 22; Russel B. Nye, *Fettered Freedom* (1963), p. 156.
[28] Civil Rights Cases, 109 U.S. 3 (1883).
[29] 98 U.S. 145 (1878).
[30] Ver Stanley I. Kutler, *The American Inquisition: Justice and Injustice in the Cold War* (1982).
[31] Ver Peter Irons, *Justice at War: The Story of the Japanese-American Internment Cases* (1983).
[32] 7 Pet. 243 (1833).
[33] 302 U.S. 319 (1937).
[34] 110 U.S. 516 (1884).

[35] Okla. Stats., Sec. 1040.23.
[36] 354 U.S. 476 (1957).
[37] William Cohen and John Kaplan, *The bill of Rights* (1976), p. 94.
[38] Paul S. Boyer, *Purity in Print: Book Censorship in America* (2968), p. 136.
[39] Ver, por ej., A Book Named «John Cleland's Memoirs of a Woman of Pleasure» v. Attorney General of Massachusetts, 383 U.S. 413 (1966).
[40] Jenkins v. Georgia, 418 U.S. 153 (1974).
[41] 422 U.S. 205 (1975).
[42] 219 U.S. 219 (1911).
[43] William Cohen, «Negro Involuntary Servitude in the South, 1865-1940: A Preliminary Analysis», *Journal of Southern History* 42 : 31 (1976).
[44] 347 U.S. 483 (1954).
[45] David S. Clark, «Judicial Protection of the Constitution in Latin America», *Hastings Constitutional Law Quarterly* 2 : 405 (1975).
[46] An English translation of this decision can be found in *John Marshall Journal of Practice and Procedure* 9 : 605 (1976).
[47] Mauro Cappelletti, *Judicial Review in the Contemporary World* (1971), pp. 64-65.

CAPITULO 11

[1] Sobre la eficacia de la Prohibición, compárese Andrew Sinclair's *Prohibition: The Era of Excess* (1962), con J. C. Burnham, «New Perspectives on the Prohibition 'Experiment' of the 1920s», *Journal of Social History* 2 : 51 (1968).
[2] John Kaplan, *Marijuana: The New Prohibition* (1970), p. 25.
[3] Marvin B. Sussman, Judith N. Cates, and David T. Smith, *The Family and Inheritance* (1970), p. 64.
[4] Uniform Commercial Code, Sec. 2-302.
[5] «Legal Knowledge of Michigan Citizens», *Michigan Law Review* 71 : 1463 (1973).
[6] Martha Williams and Jay Hall, «Knowledge of the Law in Texas: Socioeconomic and Ethnic Differences», *Law & Society Review* 7 : 99 (1972).
[7] June Tapp and Lawrence Kohlberg, «Developing Senses of Law and Legal Justice», *Journal of Social Issues* 27 : 65 (1971).
[8] William J. Chambliss, «Types of Deviance and the Effectiveness of Legal Sanetions», *Wisconsin Law Review* 1967 : 703.
[9] 408 U.S. 238 (1972).
[10] Ver Gordon Tullock, «Does Punishment Deter Crime?» *Public Interest* 36 : 103 (Summer 1974).
[11] Herbert L. Packer, *The Limits of the Criminal Sanction* (1968), p. 39.
[12] Ver, por ej., George Antunes and A. Lee Hunt, «The Impact of Certainty and Severity of Punishment on Levels of Crime in American States: An Extended Analysis», *Journal of Criminal Law & Criminology* 64 : 487 (1973).
[13] J. Chaiken, M. Lawless, K. Stevenson, *The Impacto of Police Activity on Crime: Robberies on the New York City System*, Rand Institute, New York (1974), p. 23.
[14] Ver H. Laurence Ross, «Law, Science and Accidents: The British Road Safety Act of 1967», *Journal of Legal Studies* 2 : 1, 76 (1973).
[15] Malcolm Feeley, *The Process Is the Punishment* (1979), p. 199.
[16] Ted R. Gurr, *Rogues, Rebels, and Reformers: A Political History of Urban Crime and Conflict* (1976).
[17] H. Laurence Ross, «The Neutralization os Severe Penalties: Some Traffic Law Studies», *Law & Society Review* 10 : 403-4 (1976); see also Ross's book, *Deterring the Drinking Driver* (1981).

[18] Ver Tom Wicker, «Making Things Better», *New York Times*, July 13, 1982, p. 27, col. 8.
[19] Roger Lane, *Violent Death in the City: Suicide, Accident and Murder in Nineteenth-Century Philadelphia* (1979), p. 79.
[20] *Statistical Abstract of the United States, 1981*, p. 177.
[21] Jack K. Williams, *Vogues in Villainy: Crime and Retribution in Ante-Bellum South Carolina* (1959), p. 100.
[22] Michael S. Hindus, *Prison and Plantation: Crime, Justice, and Authority in Massachusetts and South Carolina, 1767-1878* (1980), pp. 156-58.
[23] 408 U.S. 238 (1972).
[24] 428 U.S. 153 (1976).

CAPITULO 12

[1] Victor Eisner, *The Delinquency Label: The Epidemiology of Juvenile Delinquency* (1969), p. 105.
[2] Johannes Feest, «Compliance with Legal Regulations: Observation of Stop Sign Behavior», *Law & Society Review* 2 : 447 (1968).
[3] Lionel I. Dannick, «Influence of an Anonymous Stranger on a Routine Decision to Act or Not to Act: An Experiment in Conformity», *Sociological Quarterly* 14 : 127 91973).
[4] Ver C. W. Kohfeld and T. W. Likens, «Mass Compliance and Social Interaction: A Dynamic Formulation», *Law and Policy Quarterly* 4 : 353 (1982).
[5] Alan Hyde, «The Concept of Legitimation in the Sociology of Law», *Wisconsin Law Review* 1983 : 380.
[6] Arthur H. Miller, «Political Issues and Trust in Government: 1964-1970», *American Political Science Review* 68 : 951 (1974).
[7] Ver Austin Sarat, «Support for the Legal System: An Analysis of Knowledge, Attitudes, and Behavior», *American Politics Quarterly* 3 : 3 (1975).
[8] Harry V. Ball, «Social Structure and Rent-Control Violations», *American Journal of Sociology* 65 : 598 (1960).
[9] Charles R. Tittle and Alan R. Rowe, «Moral Appeal, Sanction Threat, and Deviance: An Experimental Test», *Social Problems* 20 : 488 (1973).
[10] Ver, por ej., H.L.A. Hart, «Positivism and the Separation of Law and Morals», *Harvard Law Review* 71 : 593 (1958).
[11] 410 U.S. 113 (1973).
[12] 36 Stats. 825, act of June 25, 1910.

CAPITULO 13

[1] Anton-Hermann Chroust, *The Rise of the Legal Profession in America*, vol. 1 (1965), p. 72.
[2] Gerard W. Gawalt, *The Promise of Power: The Emergence of the Legal Profession in Massachusetts, 1760-1840* (1979), p. 14.
[3] B. Peter Pashigian, «The Number and Earnings of Lawyers: Some Recent Findings», *American Bar Foundation Research Journal* 1978 : 51.
[4] Murray L. Schwartz, «The Reorganization of the Legal Profession», *Texas Law Review* 58 : 1269-70 (1980).
[5] Ibid., p. 1275.
[6] *New York Times*, April 2, 1982, p. 31, col. 3.
[7] Lawrence M. Friedman, *A History of American Law* (1973), p. 270.
[8] Claude M. Fuess, *Daniel Webster* (1930), vol. I, p. 232.
[9] Merle Curti, *The Making of an American Community* (1959), p. 23.

[10] Con respecto al ejercicio relacionado con los seguros navales, ver Julius Goebel, Jr., ed., *The Law Practice of Alexander Hamilton: Documents and Commentary*, vol. 2 (1969), pp. 391 ff.

[11] Quintin Johnstone and Dan Hopson, Jr., *Lawyers and Their Work: An Analysis of the Legal Profession in the United States and England* (1967), p. 35.

[12] James B. Stewart, Jr., «Inside the World's Largest Law Firm», *American Lawyer*, January 1980, p. 21.

[13] Erwin O. Smigel's book, *The Wll Street Lawyer: Professional Organization Man?* (1964), is one exception.

[14] Mare Galanter, «Mega-law and Mega-lawyering in the Contemporary United States», in R. Dingwall and P. Lewis, *The Sociology of the Professions: Lawyers, Doctors and Others* (1983), p. 152.

[15] John P. Heinz and Edward O. Laumann, *Chicago Lawyers: The Social Structure of the Bar* (1982), pp. 43-44.

[16] *New York Times*, November 3, 1979, p. 23, col. 1.

[17] Bradwell v. State, 83 U.S. 130 (1873).

[18] Donna Fossum, *Women in the Legal Profession: A Study of Social Change*, Ph.D. thesis, State University of New York at Buffalo (1981), pp. 51, 77.

[19] Maxwell Bloomfield, *American Lawyers in a Changing Society, 1776-1876* (1976), pp. 302-39.

[20] Allan P. Sindler, *Bakke, DeFunis, and Minority Admissions: The Quest for Equal Opportunity* (1978), p. 141.

[21] Heinz and Laumann, *Chicago Lawyers*, pp. 186, 190.

[22] Para una descripción de la pasantía, ver Chroust, *Rise of the Legal Profession*, vol. 2 (1965), pp. 174-75.

[23] J. W. Shuckers, *The Life and Public Services of Salmon Portland Chase* (1874), pp. 30-31.

[24] Edward S. Martin, *The Life of Joseph Hodges Choate*, vol. 1 (1920), p. 81.

[25] Ver, en general, Robert B. Stevens, «Two Cheers for 1870: The American Law School», in Donald Fleming and Bernard Bailyn, eds., *Law in American History* (1971), p. 405.

[26] Arthur E. Sutherland, *The Law at Harvard: A History of Ideas and Men, 1817-1967* (1967), pp. 149-50.

[27] Para la enseñanza del Derecho, en general, ver Robert B. Stevens, *Law School: Legal Education in America from the 1850s to the 1980s* (1983).

[28] Frances K. Zemans and Victor G. Rosenblum; *The Making of a Public Profession* (1981), p. 101.

[29] Jerold S. Auerbach, *Unequal Justice: Lawyers and Social Change in Modern America* (1976), pp. 65-66, 239.

[30] Ibid., p. 287.

[31] Goldfarb v. Virginia State Bar, 421 U.S. 579 (1976).

[32] 433 U.S. 350 (1977).

[33] Johnstone and Hopson, *Lawyers and Their Work*, p. 72.

[34] Deborah L. Rhode, «Why the ABA Bothers: A Functional Perspective on Professional Codes», *Texas Law Review* 59 : 689, 718 (1981).

[35] Douglas Rosenthal, *Lawyers and Clients: Who's In Charge?* (1974), p. 100.

[36] Chroust, *Rise of the Legal Profession*, vol. 2, p. 127.

[37] Stephen Barlas, «Where Have All the Lawyers Gone?» *National Law Journal*, January 19, 1981, p. 13.

[38] Heinz Eulau and John D. Sprague, *Lawyers in politics: A Study in Professional Convergence* (1964); Green, Schmidhauser, Berg, and Brady, «Lawyers in Congress: A New Look at Some Old Assumptions», *Western Political Quarterly* 26 : 440 (1973).

[39] O'Connor, Engstrom, Green, and Kim, «The Political Behavior or Lawyers in the Louisiana House of Representatives», *Louisiana Law Review* 39 : 45 (1978).

[40] Richard W. Rabionowitz, «Law and the Social Process in Japan», *Transactions of the Asiatic Society of Japan*, 3rd ser., vol. 10, 1968, pp. 5, 49-50.

[41] *Wall Street Journal*, February 9, 1981, p. 14.

[42] Kevin Tierney, *Darrow: A Biography* (1979).

[43] 373 U.S. 335 (1963).

[44] John M. Maguire, *The Lance of Justice* (1928), pp. 3, 240.

[45] Joel F. Handler, Ellen J. Hollingsworth, and Howard S. Erlanger, *Lawyers and the Pursuit of Legal Rights* (1978), p. 70.

[46] *New York Times*, July 20, 1982, p. 30, col. 1.

Capitulo 14

[1] J. Willard Hurst, *Law and Economic Growth: The Legal History of the Lumber Industry in Wisconsin, 1836-1915* (1964).

[2] Ibid., p. 190.

[3] Ibid., p. 607.

[4] Herbert S. Klein, *Slavery in the Americas: A Comparative Study of Virginia and Cuba* (1967), p. 43.

[5] Va. Laws, 1662, Act XII.

[6] Va. Laws, 1667, Act III.

[7] Ira Berlin, *Slaves Without Masters: The Free Negro in the Antebellum South* (1975), pp. 372-74.

[8] Ver Pete Daniel, *The Shadow of Slavery: Peonage in the South 1901-69* (1972); Daniel A. Novak, *The Wheel of Servitude, Black Forced Labor After Slavery* (1978).

[9] 109 U.S. 3 (1883).

[10] Ver, en general, C. Vann Woodward, *The Strange Career of Jim Crow*, 2nd ed. (1966).

[11] 163 U.S. 537 (1896).

[12] Ark. Stats. 1903, Sec. 5901.

[13] 238 U.S. 347 (1915).

[14] *Voting: 1961 Commission on Civil Rights Report*, p. 143.

[15] 347 U.S. 483 (1954); para los antecedentes del caso, ver Richard Kluger, *Simple Justice* (1976).

[16] J. Harvie Wilkinson III, *From Brown to Bakke: The Supreme Court and School Integration, 1954-1978* (1979), p. 65.

[17] Swann v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education, 402 U.S. 1 (1971).

[18] Heart of Atlanta Motel, Inc. v. U.S., 379 U.S. 241 (1964); Katzenbach v. McClung, 379 U.S. 294 (1964).

[19] Regents of the University of California v. Bakke, 438 U.S. 267 (1978).

[20] Wis. Const., Art. 1, Sec. 18.

[21] Citado en Leonard J. Arrington and Davis Bitton, *The Mormon Experience* (1979), ch. 9.

[22] 12 Stats. 501, act of July 1, 1862.

[23] 98 U.S. 145 (1878).

[24] 406 U.S. 205 (1975).

[25] Katz v. Superior Court of San Francisco, 73 Cal. App. 3d 952, 141 Cal. R. 234 (1977).

[26] Joseph Gusfield, *Sumbolic Crusade: Status Politics and the American Temperance Movement* (1963).

[27] California Penal Code, sec. 307 (1881).

[28] David F. Musto° *The American Disease: Origins of Narcotic Control* (1973), pp. 219-20.

[29] Ver John Kaplan, *The Hardest Drug: Heroin and Public Policy* (1983).

[30] 18 Cal.3d 660, 557 P.2d 106, 134 Cal. R. 815 (1976).

[31] Bureau of the Census, *Marital Status and Living Arrangements:* March 1978, Current Population Reports, Series P-20, no. 338, May 1979, p. 3, Table D.

[32] *National Law Journal,* April 16, 1979, p. 14.

CAPITULO 15

[1] *U.S. News & World Report,* December 20, 1982, p. 58.

[2] Bayless Manning, «Hyperlexis: Our National Disease», *Northwestern University Law Review* 71 : 767 (1977).

[3] *U.S. News & World Report,* December 20, 1982, p. 58.

[4] Joel Grossman and Austin Sarat, «Litigation in the Federal Courts: A Comparative Perspective», *Law & Society Review* 9 : 321 (1975).

[5] David S. Clark, «Adjudication to Administration: A Statistical Analysis of Federal District Courts in the Twentieth Century», *Southern California Law Review* 55 : 65, 86-88 (1981).

[6] Wayne McIntosh, «150 Years of Litigation and Dispute Settlement: A Court Tale», *Law & Society Review* 15 : 823 (1981); Lawrence M. Friedman and Robert V. Percival, «A Tale of Two Courts: Litigation in Alameda and San Benito Counties», *Law & Society Review* 10 : 267 (1976).

[7] 22 Stats. 209, act of July 2, 1890.

[8] Ver Lawrence M. Friedman, «The Six Million Dollar Man: Litigation and Rights Consciousness in Modern America», *Maryland Law Review* 39 : 661, 672 (1980).

[9] Laura Nader, ed., *No Access to Law: Alternatives to the American Judicial System* (1980), p. 5.

[10] Ver Janice A. Roehl and Royer F. Cook, «The Neighborhood Justice Centers Field Test» in Roman Tomasic and malcolm M. Feeley, eds. *Neighborhood Justice: Assessment of an Emerging Idea* (1982), p. 91.

[11] *Washington Post,* August 18, 1980, p. 1, col. 2; *New York Times,* June 16, 1980, p. 16, col. 2; *New York Times,* November 3, 1979, p. 44, col. 4.

[12] *US News & World Report,* December 20, 1982, p. 58.

[13] Friedman «Six Million Dollar Man», p. 667.

[14] Nader, *No Access to Law,* p. 5.

GOA UNIVERSITY LIBRARY
TALEIGAO GOA
Donation ACC No. 209
Name of Donour S. V. Amonkar